

Der Sukzessivlieferungsvertrag in Praxis und Rechtsprechung

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades
doctor iuris (Dr. iur.)

vorgelegt dem Fakultätsrat der Rechtswissenschaftlichen
Fakultät
Der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Von Gerrit Horstemeier
Geboren am 16.1.1958
In Witten/Ruhr

Gutacher:

1. Gutachter (Referent): Prof. Dr. Gerhard Lingelbach
2. Gutachter (Ko-Referent): Prof. Dr. Elisabeth Koch
3. Prüfer: Prod. Dr. Martina Haedrich

Disputation:

am 03. April 2006

A. EINLEITUNG

In einer marktwirtschaftlichen Ordnung sind die Unternehmen grundsätzlich frei, wie sie ihren Vertriebs-, Absatz- oder Distributionsweg organisieren. Die Wahl des optimalen Vertriebswegs ist jedoch für jedes Unternehmen von herausragender Bedeutung. Eine verfehlte Absatzpolitik kann die Marktfähigkeit eines Produktes, u. U. aber auch die Existenz des Unternehmens insgesamt gefährden. Umgekehrt trägt eine erfolgreiche Distributionspolitik wesentlich zum Unternehmenserfolg bei.

Die Rechtsordnung stellt in unserer Marktwirtschaft verschiedene Gestaltungsformen für eine Absatzpolitik zur Verfügung. Neben den traditionellen Absatzformen des Handelsgesetzbuchs¹ wie dem Handelsvertreter, Kommissionär oder Handelsmakler haben sich im Laufe des 20. Jahrhunderts weitere Vertragsformen herausgebildet, z. B. in Form von Leasing-, Franchise- oder (Allein-) Bezugsverträge. Mit diesen Vertragsbindungssystemen streben die Unternehmen eine höhere Amortisation der für die dauerhafte Marktbearbeitung erforderlichen Investitionen in die Distributionswege ihrer Produkte an.

Derartige vertragliche Absatzsysteme werden z. B. bevorzugt eingesetzt:

- bei der Neueinführung von Produkten
- zur besseren Motivation der Absatzmittler durch die Steigerung des anteiligen Absatzes und damit des eigenen Verdienstes des Absatzmittlers
- zur Steigerung von Effektivität und Effizienz des Vertriebs durch die Konzentration des Produzenten/Lieferanten auf wenige, aber dafür dauerhafte und enge Geschäftsbeziehungen
- zur regionalen Marktabgrenzung mit der Möglichkeit, Preise zu differenzieren
- als Ersatz für ein direktes und in der Regel nach §§ 1, 14 des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen² verbotenes Preisbindungssystem³.

¹ Nachfolgend: HGB

² Nachfolgend: GWB

³ Vgl. Meffert, S. 637

Vertriebslinien in vielen Wirtschaftsbereichen haben sich für Vertriebssysteme entschieden, die durch Sukzessivlieferungsverträge gesichert werden, beispielsweise im Bereich des gesamten Getränkeabsatzes, der Lebensmittel und Mineralöle⁴. Dabei ist ein Unterschied zu machen zwischen Vertragsverhältnissen, bei denen der Käufer jederzeit oder in relativ kurzer Zeit kündigen kann (z. B. ein Zeitungsabonnement) und den Sukzessivlieferungsverhältnissen, in denen zusätzlich ein (Allein-) Vertriebsrecht bzw. eine (Allein-) Bezugsverpflichtung mit einer bestimmten, längeren Vertragsdauer vereinbart ist. Diese sind sowohl für den Lieferanten, insbesondere aber auch für den Abnehmer von erheblicher Bedeutung.

Besonders in der letzten Variante der Sukzessivlieferungsverträge, die ein Alleinvertriebsrecht mit einer bestimmten festen Laufzeit verbinden, spiegelt sich ein wesentlicher ökonomischer Interessengegensatz zwischen den Herstellern bzw. den Lieferanten der Ware einerseits und den Abnehmern andererseits wider: Die Hersteller und Lieferanten sind bestrebt, durch möglichst viele langfristige und bestandskräftige Verträge die Grundlage für eine vorausschauende Absatzplanung zu schaffen. Diese ist dann Voraussetzung für die Produktions- und damit auch für die Investitionsplanung eines Unternehmens.

Die Abnehmer wiederum haben häufig allein die Bezugsbindung als Sicherheit für Kredite, Ausstattungen, Lizenzen und sonstigen Gegenleistungen des Herstellers zu bieten. Dafür haben sie nicht nur in Bezug auf das Sortiment, sondern ggf. auch in ihrer Betriebsführung eine langfristige Festlegung zugunsten des Herstellers und damit in gewisser Weise eine Einengung ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit hinzunehmen. Solche Verträge enthalten daher oft neben der vertraglich vereinbarten Abnahme von bestimmten Gütern und die vereinbarungsgemäße Bezahlung des Warenpreises ein darüber hinaus gehendes Gegenleistungselement, das für die Beurteilung des Vertrages und seines Inhaltes wesentlich ist. Dieses führt häufig zu rechtlichen Auseinandersetzungen über das richtige oder (noch) zulässige Maß der wirtschaftlichen Beschränkung des Abnehmers durch den Sukzessivlieferungsvertrag.

Seit langem beschäftigte das Sukzessivlieferungsverhältnis und hier insbesondere der langfristige Liefer- oder Bezugsvertrag die Rechtsprechung und Lehre im besonderen Maße. Denn allgemeine Regeln für das Sukzessivlieferungsverhältnis kannte das BGB nicht. Vor allem Otto v. Gierke führte die Sukzessivlieferungsverträge in die wissenschaftliche Diskussion ein⁵. Er arbeitete den Unterschied zwischen vorübergehenden und andauernden Schuldverhältnissen heraus und systematisierte die Eigentümlichkeiten des Dauerschuldverhältnisses.

⁴ Zur Bedeutung der Sicherung derartiger Vertriebswege durch Verträge in der Betriebswirtschaftslehre vgl. nur David Jobber, Marketing, 2nd Edition, London 1998, S. 453; Meffert, S. 600 ff.

⁵ Otto v. Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse, in: JherJb Bd. 64 (1914), S. 355, 361 f.

Erst mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁶ von 1976 ist es in § 10 Nr. 3 und § 11 Nr. 1 und 12 a (heute: § 309 Nr. 1 und 9 a BGB) als Dauerschuldverhältnis in die deutsche Gesetzessprache eingegangen.

Darüber hinaus wurde schon seit langem diskutiert, ob die insbesondere aus der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Dauerschuldverhältnis generell kodifiziert werden sollen⁷. Als Kodifizierungsaufgaben wurden hier die Regelung eines generellen Rechts zur außerordentlichen Kündigung, des Wegfalls der Geschäftsgrundlage sowie die Befriedigung von Anpassungsinteressen benannt. Jahrzehntlang sind diese Fragen lediglich durch die Rechtsprechung und Lehre fortentwickelt worden. Die genannten Regelungsbedürfnisse hat der Gesetzgeber erst bei der Schuldrechtsreform, die zum 01. 01. 2002 in Kraft trat, berücksichtigt und das Dauerschuldverhältnis wie auch den Sukzessivlieferungsvertrag in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen⁸.

Für eine gesetzlich normierte Regelung von Dauerlieferungsverträgen sowie des Verbraucherschutzes hat es ebenfalls schon früh Plädoyers gegeben⁹. Dies wurde im Rahmen der Schuldrechtsreform mit dem § 505 BGB für die Ratenlieferungsverträge normativ umgesetzt, nachdem es zuvor in § 2 Verbraucherkreditgesetz¹⁰ und bis zum 31. 12. 1990 im § 1c Abzahlungsgesetz¹¹ geregelt war. Die Rechtsanwender hatten sich im Laufe diesen verschiedenen Regelungen mit manchen Wandlungen anpassen müssen.

I. Wiederkehrende Fragen bei Sukzessivlieferungsverträgen

Das Recht der Sukzessivlieferungsverträge hat im Laufe des 20. Jahrhunderts eine dynamische Entwicklung erfahren. Das belegt nicht nur eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen, sondern auch eine steigende Zahl von Publikationen. Diese Untersuchung versucht, die zahlreichen Einzelfragen zu diesem Rechtsgebiet im Spiegel der Rechtsprechung des 20. Jahrhunderts systematisch darzustellen. Dabei werden folgende Schwerpunkte gebildet:

Im Focus der Untersuchung stehen allgemeine Fragestellungen zu den Sukzessivlieferungsverträgen, die eine Gegenleistung des Lieferanten zur Absicherung einer Bezugsverpflichtung beinhalten. Darüber hinaus konzentriert sich

⁶ Nachfolgend: AGBG

⁷ Vgl. Horn, in: Gutachten Bd. I, 551, 625

⁸ §§ 313, 314 BGB; vgl. S 408 f. des Regierungsentwurfs

⁹ Vgl. Horn, in Gutachten I, 551, 635 mit Verweis auf den italienischen Codice Civile, Art. 1559 ff.

¹⁰ Nachfolgend: VerbrKrG

¹¹ Nachfolgend: AbzG

die Darstellung insbesondere auf die Problemkreise, die in der Praxis regelmäßig oder des öfteren auftreten.

Der Gang der Darstellung orientiert sich dabei annähernd an Fragen, die bei einem typischen Vertragszyklus auftreten können:

- Was sind die Besonderheiten der Sukzessivlieferungsverträge im Verhältnis zu anderen Schuldverhältnissen?
- Welche Probleme gibt es im Zusammenhang mit dem Abschluss von Sukzessivlieferungsverträgen?
 - Wie sind vorvertragliche Aufklärungspflichten bei einem Sukzessivlieferungsvertrag zu bewerten?
 - Welche Formerfordernisse sind bei einem Sukzessivlieferungsvertrag zu beachten?
 - Welche Abgrenzungskriterien sind bei Sukzessivlieferungsverträgen mit Verbrauchern bzw. mit Gewerbetreibenden, u. a. auch mit Kleingewerbetreibenden maßgeblich?
 - Welche Rolle spielt der Widerruf von Sukzessivlieferungsverträgen auf Grund von Verbraucherschutzgesetzen?
- Welche Besonderheiten weisen Laufzeitregelungen bei Sukzessivlieferungsverträgen auf?
 - Wie wirken sich Alleinvertriebsrechte und die Wettbewerbsordnung auf die Laufzeit nach deutschem und europäischem Recht aus?
 - Wie wirken sich Gegenleistungen des Lieferanten im Sukzessivlieferungsvertrag auf eine Vertragslaufzeit aus?
 - Wann sind Laufzeiten unwirksam? Können überlange Laufzeiten auf die gerade noch zulässige Laufzeiten reduziert werden? Wie sind Verlängerungsklauseln bzw. Anschlussverträge zu bewerten?
- Welche typischen Bestimmungen sind Sukzessivlieferungsverträgen eigen? Dazu gehören

- Preisbestimmungen und Preisanpassungen im Laufe der Vertragszeit
- Rechtsnachfolgeklauseln auf Seiten des Käufers und Verkäufers
- „Dingliche Gebundenheit“ des Sukzessivkäufers
- Welche Treuepflichten gibt es bei einem langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag?
- Wie lassen sich Sukzessivlieferungsverträge und die sich daraus abzuleitenden Bezugsrechte rechtlich absichern?
- Können Sukzessivlieferungsverträge während der Laufzeit an veränderte Umstände angepasst werden?
- Wie enden Sukzessivlieferungsverträge?
 - Wie ist der Wegfall bzw. die Störung der Geschäftsgrundlage zu bewerten?
 - Wie werden Vertragsverletzungen, Vertragszweckgefährdungen im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages als außerordentliche Kündigungsgründe eingeordnet?
 - Welche Rechtsfolgen einer außerordentlichen Kündigung von Sukzessivlieferungsverträgen außer der Vertragsbeendigung kommen in Betracht?
- Welche Auswirkungen hat die Schuldrechtsreform vom 1. 1. 2002 auf Sukzessivlieferungsverträge?

Angesichts der Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten zu diesen Themen legt die vorliegende Arbeit einen wesentlichen Schwerpunkt auf die Rechtsprechung nach 1945, ohne die des RG außer Acht zu lassen. Hierbei konzentriert sich die Darstellung auf die Rechtsprechung des BGH sowie der Obergerichte. Mit dieser Fokussierung werden die Entwicklungslinien der Rechtsprechung deutlich werden, die es kritisch zu würdigen gilt.

II. Der Stand der Forschung und Ausrichtung der vorliegenden Arbeit

Zu dem Thema der Sukzessivlieferungsverträge hat es seit Jahrzehnten zahlreiche Arbeiten gegeben, die sich mit vielen wesentlichen Aspekten der Sukzessivlieferung

beschäftigt haben¹². Aus der älteren Literatur ist es vor allem Alfred Hueck, „Der Sukzessivlieferungsvertrag“, der bereits 1918 zahlreiche Entwicklungslinien aufgezeigt hat.

Aus der neueren Literatur ist u. a. Sauter zu nennen, der sich in seiner Arbeit „Ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages“, 1984, vor allem mit dem Recht der allgemeinen Leistungsstörungen bzgl. des reinen Warenaustausches unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Rechts beschäftigt. Außerdem ist das Werk von v. Scheven „Der Sukzessivlieferungsvertrag“ von 1984 in diesem Zusammenhang anzuführen. Beide Werke sind allerdings inzwischen vor über 20 Jahre geschrieben worden und konnten daher insbesondere die neueren Entwicklungen des Verbraucherschutzrechts nicht berücksichtigen. Auch die Problematik von Bezugsverpflichtungen bei Sukzessivlieferungsverträgen ist dort nicht untersucht worden.

Darüber hinaus gibt es zwei jüngere Arbeiten, die sich mit Dauerschuldverhältnissen beschäftigen¹³, zu denen Sukzessivlieferungsverträge mit längerer Laufzeit gezählt werden können¹⁴. Während Jickelis Arbeit eine rechtswissenschaftliche Untersuchung auf der Grundlage einer „institutionen-ökonomischen Grundlage“ beinhaltet, ohne sich auf einen Typ von Langfristverträgen zu beschränken, hat Oetker seine Arbeit weit über die Sukzessivlieferungsverträge auf die Beurteilung aller Arten von Dauerschuldverhältnissen wie Arbeits-, Verwahrungs-, Werk-, Makler- und Gesellschaftsverträge u. v. m., sowie auf deren Beendigung ausgedehnt. Es fehlt allerdings derzeit an einer umfassenden Arbeit, die den Sukzessivlieferungsvertrag und die damit zusammenhängende und eine längerfristige Vertragsbindung rechtfertigende Gegenleistung einer näheren Untersuchung unterzieht und hierbei die mittlerweile sehr umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Problemkreis auswertet.

Zahlreiche höchst- und obergerichtlichen Entscheidungen, die die vorgenannte Problematik ansprechen, beschäftigen sich nach einer gründlichen Recherche mit folgenden Gegenständen von Sukzessivlieferungsverträgen:

- Getränke¹⁵
- Telefonanlagen
- Automaten
- EDV-Anlagen
- Zuckerrüben
- Strom, Wasser, Fernwärme, Gas
- Mineralölprodukte

¹² Vgl. Staudinger-Weber, 11. Aufl., vor § 242, Literaturverzeichnis zu Rz. 408 ff.

¹³ Oetker, „Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung“, Tübingen 1994; Jickeli, „Der langfristige Vertrag“, Baden-Baden 1996

¹⁴ Vgl. unter B III, IV

¹⁵ Nicht nur Bezugsbindungen an Brauereien, auch Bierlieferungsverträge zwischen Gastwirten und dem Bier- bzw. Getränkefachgroßhandel sind zulässig, BGH MDR 1952, 222

- bis hin zu Bezugsverträgen für Streichhölzer und Blumen.

Darüber hinaus finden sich Urteile, die sich mit den Absatzwegen beschäftigen, etwa zu

- Vertragshändlerverträgen
- Zulieferverträgen
- Franchiseverträgen.

Ein Schwerpunkt der höchstrichterlichen Rechtsprechung liegt bei diesem Thema in der Beurteilung solcher Sukzessivlieferungsverhältnisse, die mit einer zusätzlichen Gegenleistung desjenigen verbunden sind, dessen Waren in dem Lieferverhältnis abgenommen werden sollen. Einfache Sukzessivlieferungsverträge wie z. B. Zeitschriftenabonnementsverträge, die sich im wesentlichen auf den Austausch von Ware gegen Geld beschränken, ohne dass hier weitere Gegenleistungen ausgetauscht werden, kommen insbesondere in der höchstinstanzlichen Judikatur, aber auch in der Instanz-Rechtsprechung eher seltener vor.

Diese Arbeit verfolgt daher das Ziel, Sukzessivlieferungsverträge unter dem Gesichtspunkt zu untersuchen, wie sich die für die Bezugsbindung eingegangene Gegenleistung auf das Gesamtvertragswerk, insbesondere auf die Laufzeit und auf die Möglichkeit einer vorzeitigen Beendigung des Vertrages auswirkt. Dabei steht die Entwicklung der Rechtsprechung hierzu im Mittelpunkt.

Ein weiterer Schwerpunkt der Arbeit widmet sich der Untersuchung der von der Rechtsprechung entwickelten Möglichkeiten, einen solchen - mit einer oben beschriebenen Gegenleistung verknüpften - Sukzessivlieferungsvertrag außerordentlich zu kündigen. Dies erfolgt insbesondere im Hinblick auf die damit verbundenen Rechtsfolgen.

B. Der Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages und seine Abgrenzung zu verwandten Vertragstypen

Aus dem Vorhergehenden wird bereits ersichtlich, dass der Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages erst im Laufe der Zeit entwickelt wurde. Dies macht es erforderlich, diesen Prozess aufzuzeigen und Berührungspunkte für ähnliche Regelungsbedarfe zu betrachten.

So lange ein Vertragspartner einen anderen lediglich wiederholt beliefert, kommt dieses dadurch eingegangene Rechtsverhältnis über das Stadium einer sporadischen oder auch kontinuierlichen Geschäftsverbindung nicht hinaus¹⁶. Es bietet allenfalls ein marginales Dach sekundärer Leistungspflichten für die einzelnen, nacheinander vereinbarten Einzellieferungen¹⁷.

Erst wenn beide Seiten von vorne herein planen und vereinbaren, eine Vielzahl von Lieferungen vorzunehmen, ergibt sich ein über die einzelnen Lieferungen hinaus reichendes Bedürfnis, die Geschäftsbeziehung generell zu regeln und über die Einzellieferungen ein breites rechtliches Dach zu spannen, das die Vielzahl der Geschäftsvorfälle einheitlich zu regeln vermag. Dieses Bedürfnis besteht erst recht dann, wenn das Lieferungsverhältnis mit einem weiteren Rechtsverhältnis verbunden ist. So zum Beispiel, wenn der Abnehmer als Gegenleistung für die kontinuierliche Warenabnahme eine Gegenleistung vom Lieferanten erhält¹⁸.

Die Rechtswissenschaft hat sich in vielerlei Hinsicht darum bemüht, Kriterien für die rechtliche Einordnung derartiger Lieferungsverhältnisse sowie für die Abgrenzung zu verwandten oder ähnlichen Vertragsformen zu finden. Die dabei verwendete Terminologie wird jedoch teilweise unterschiedlich benutzt. Feste Begriffe sind nach wie vor nicht einheitlich etabliert. Neben dem Sukzessivlieferungsverhältnis finden sich für vergleichbare Sachverhalte auch Begriffe wie „Wiederkehrschuldverhältnis“¹⁹, „Dauerlieferungsverhältnis“²⁰, „Ratenlieferungsvertrag“²¹, oder „Teillieferungsverhältnis“²². Zu einigen dieser in der Diskussion befindlichen Begriffe bedarf es zunächst einer Erläuterung der begrifflichen Inhalte.

¹⁶ Vgl. dazu Gernhuber, 409 f.

¹⁷ Oetker, S. 124; nach der Schuldrechtsreform auch in § 311 Abs. 2 Nr. 3 dokumentiert.

¹⁸ Vgl. C II

¹⁹ RGZ 132, 276; RGZ 148, 326, 332 f.

²⁰ Soergel-Teichmann, BGB, 12. Aufl. § 241, Rz. 6; Staudinger-Otto, 12. Aufl., § 325, Rz. 80; vgl. auch Gernhuber, Schuldverhältnis, 1989, 407, der auf den Begriff des Sukzessivlieferungsverhältnisses gänzlich verzichtet will.

²¹ BGH NJW 1979, 674; BGH NJW 1981, 679

²² Hueck, S. 7

I. Der Begriff des Sukzessivlieferungsvertrages

Von einem Sukzessivlieferungsvertrag wird dann ausgegangen, wenn im Rahmen eines einheitlichen Vertrages zwischen einem Lieferanten und seinem Abnehmer vereinbart wird, eine Warenmenge zu fest bestimmten, periodisch wiederkehrenden Terminen oder auch nach Bedarf und auf Abruf abschnittsweise, insgesamt aber sukzessiv zu liefern und abzunehmen²³. Teilweise wird ein Sukzessivlieferungsvertrag auch dann bejaht, wenn eine bestimmte Gesamtliefermenge nicht festgelegt ist²⁴. Der BGH hat dagegen entschieden²⁵, dass es sich nur bei einer von vorne herein fest bestimmten Liefermenge oder Höchstmenge um einen „echten“ Sukzessivlieferungsvertrag handelt. Dieser unterscheidet sich vom normalen Kaufvertrag lediglich durch die Aufspaltung des Leistungsaustausches in mehrere Teilakte²⁶. Dabei sollen die Parteien über den sukzessiv zu erbringenden Leistungsaustausch hinaus durch eine „dauernde Pflichtenanspannung“ an einander gebunden sein, und zwar für die Gesamtleistungszeit im Rahmen eines „einheitlichen Ganzen“²⁷.

Bei diesen echten Sukzessivlieferungsverträgen soll es also darauf ankommen, dass eine im Voraus fest bestimmte Menge im Rahmen eines einheitlichen Vertrages in Raten zu liefern ist²⁸, weswegen diese Gestaltung auch Ratenlieferungsvertrag oder Ratenvertrag genannt wird²⁹. Letztendlich ist der Begriff des Ratenlieferungsvertrages lediglich eine andere Bezeichnung für den „echten“ Sukzessivlieferungsvertrag. Nachfolgend wird dieser Begriff weiterverwendet.

Ein „unechtes“ Sukzessivlieferungsverhältnis soll dagegen dann vorliegen, wenn von vorne herein keine bestimmte Liefermenge vereinbart ist³⁰. Ein einheitliches Schuldverhältnis wird allerdings auch bei einem unechten Sukzessivlieferungsvertrag zwischen den Parteien angenommen. Es soll sich hierbei jedoch nicht um ein Dauerschuldverhältnis handeln³¹. In dem Schuldverhältnis stehen sowohl die Lieferverpflichtung des Verkäufers als auch die Verpflichtung des Käufers zum Abruf und Abnahme der einzelnen Lieferungen in einem synallagmatischen Verhältnis

²³ BGH BB 1977, 468; WM 1991, 1558; Larenz I, S. 30

²⁴ Klaas AnwBl. 1986, 213 f.; ohne diese Differenzierung auch Raiser, S. 132; Gollub, S. 11 f.; Flohr ZAP Fach 2, S. 376

²⁵ BGH NJW 1981, 679 f.; ebenso Fikentscher, Rz. 36; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., Vor § 311, Rz. 27; offen gelassen wurde vom BGH ZIP 1980, 1094 ausdrücklich, ob eine „regelmäßige“ Lieferung von Waren im Sinne des § 1c Nr. 2 AbzG auch bei Lieferung nach Bedarf oder auf Abruf vorliegt.

²⁶ BGH WM 1985, 61; Thume, S. 67

²⁷ RGZ 148, 330; Thume, S. 51 f.

²⁸ Staudinger-Otto, §§ 315-327, Neubearbeitung 2001, § 320, Rz. 34

²⁹ Vgl. Oetker, S. 117; Horn S. 562; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., Einl. Vor § 311, Rz. 27

³⁰ OLG Saarbrücken NJW 1996, 3086; Huber, Leistungsstörungen I, S. 394, Fn. 18 a. E.

³¹ Staudinger-Köhler, 13. Auflage, Vor §§ 433 ff., Rz. 19; Soergel-Huber, 13. Aufl., Vor § 433, Rz. 43; Huber, S. 167; Fikentscher Rz. 36

zueinander. Geriete der Schuldner mit seiner Verpflichtung in Verzug, ist somit der Rücktritt gemäß § 326 BGB a. F. die richtige Konsequenz gewesen³².

Bereits in diesem kurzen Überblick wird die ganze Begriffsvielfalt deutlich, in dem sich die juristische Diskussion zu diesen Vertragstypen befindet. Hierzu wird Stellung genommen, wenn das Wiederkehrschuldverhältnis und das Dauerschuldverhältnis besprochen sind.

II. Abgrenzung zu Wiederkehrschuldverhältnissen

Werden fortlaufend auf Grund jeweils neuer Verträge Leistungen erbracht, ohne dass eine Bezugsverpflichtung besteht, spricht man von einem Wiederkehrschuldverhältnis. Ein solches Wiederkehrschuldverhältnis stellt keine einheitliche Vertragsbeziehung mit primären Leistungspflichten dar³³. Es handelt sich dabei um eine Reihe aufeinander folgender Verträge³⁴. Ob jeweils ein separater Vertrag über bestimmte Leistungen abgeschlossen wird, kann im Einzelfall offen bleiben, anders als bei einem Sukzessivlieferungsvertrag³⁵, bei dem eine Bindung auch bzgl. der Einzelleistungen bestehen soll.

Das Wiederkehrschuldverhältnis wurde in erster Linie für Unternehmenskonkurse entwickelt³⁶. Während eines Konkursverfahrens sollte die Erbringung kontinuierlicher Leistungen wie Strom- oder Gaslieferungen rechtlich abgesichert werden, ohne dass die vor der Insolvenz entstandenen Forderungen als Masseschulden die Konkursmasse belasten sollen³⁷.

Dagegen wird der Abschluss einer Vereinbarung, auf deren Grundlage eine Folge von jeweils selbständigen Lieferverträgen abgeschlossen werden soll, Rahmenvereinbarung genannt³⁸. Von einem Sukzessivlieferungsvertrag

³² Huber, S. 395; Staudinger-Otto, §§ 315-327, § 320, Rz. 34; vgl. auch BGH WM 1976, 126; s. heute § 323

³³ Vgl. Oetker, S. 125 f.

³⁴ RGZ 148, 330

³⁵ Staudinger-Schmidt, 13. Auflage, 1995, §§ 241 –243, Einl. zu §§ 241, Rz. 358

³⁶ Auch schon zu § 17 KO a. F., heute § 103 InsO; vgl. Medicus Rz. 235

³⁷ Vgl. Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 17, Rz. 85 f.; Kilger/Schmidt, KO, 16. Aufl. § 17, Anm. 3 a, wobei diese Konstruktion vielfach abgelehnt wird, Horn, S. 562, Haarmann, S. 119; Oetker, S. 127; MüKo-Kramer, 3. Aufl., Einl. vor § 241, Rz. 86; Staudinger-Schmidt, 12. Aufl., 2. Band, Einf. Vor § 241, Rz. 332, spricht gar von einer „Erfindung“ im Rahmen des § 17 KO a. F.; im Zuge der Ablösung der KO durch die InsO 1999 wurde die Unterscheidung zwischen Sukzessivlieferungsvertrag und Wiederkehrschuldverhältnis entbehrlich, Staudinger-Beckmann (2004) Vor § 433, Rz. 103; dieser Fall ist nun in § 105 InsO geregelt, wonach der Insolvenzverwalter ein Wahlrecht auf die Fortsetzung derartiger Verträge besitzt. Eickmann/Marotzke § 103 Rz. 54 f., hält den § 105 InsO hierfür sogar für entbehrlich, da § 103 InsO diesen Fall mit abdecke.

³⁸ Vgl. BGH GRUR 1964, 405/8

unterscheidet sich diese Gestaltung dadurch, dass keine gegenseitigen Abnahme- und Lieferverpflichtung bestehen³⁹.

III. Der Bezug von Sukzessivlieferungsverträgen zu Dauerschuldverhältnissen

Geraume Zeit wurde darüber diskutiert, ob Sukzessivlieferungsverträge als Dauerschuldverhältnisse einzustufen seien. Wie bereits dargelegt, hat das Dauerschuldverhältnis zunächst 1976 in den §§ 10 Nr. 3, 11 Nr. 1 und 12 AGBG (§§ 308 Nr. 3, 309 Nr. 1 und 9 BGB) sprachlich Eingang in die gesetzlichen Grundlagen des Zivilrechts gefunden. Es ist anerkannt, dass im Rahmen dieser Bestimmungen die weiteren, als typische Dauerschuldverhältnisse angesehenen Vertragsformen wie Miete, Pacht usw. hier im Einzelfall nicht gemeint sind. Lediglich Kauf-, Werk- und Dienstverträge sind von diesen AGB-Regeln umfasst, soweit sie auf die regelmäßige Erbringung von Leistungen gerichtet sind⁴⁰.

Außerdem wurde das Dauerschuldverhältnis dann im Zuge der Schuldrechtsreform in den §§ 313 und 314 BGB geregelt. Trotz der Aufnahme des Begriffs in das neue BGB, verzichtete die Kodifizierung auf eine gesetzliche Definition des Dauerschuldverhältnisses⁴¹. Es ist dennoch seit langem Gegenstand der juristischen Diskussion. Dauerschuldverhältnisse sind auf Grund ihrer Laufzeit besonders störanfällig für Leistungsstörungen⁴². Daraus folgt, dass der Faktor „Zeit“ das Dauerschuldverhältnis wesentlich prägt⁴³. Aber auch der Charakter der geschuldeten Hauptleistungspflichten und der Zeitpunkt des Eintritts ihres Leistungserfolges können einen Vertrag auf Dauer anlegen⁴⁴. Unter die Dauerschuldverhältnisse werden ganz unterschiedliche Vertragstypen wie Miete, Pacht, Leihe, Verwahrung, Versicherung, Darlehen, der Dienstvertrag und die Gesellschaft subsumiert⁴⁵. Das Dauerschuldverhältnis wird dabei in der juristischen Diskussion als höherrangiger Begriff verstanden, der über die schuldrechtlichen dauernden Schuldverhältnisse hinausreicht⁴⁶. Auch weitere sachenrechtliche, statusbegründende, körperschaftliche Rechtsbeziehungen, die auf Dauer angelegt sind, werden hierzu gezählt. Allerdings ist die Terminologie hierbei nicht einheitlich. Jedoch können Liefer- bzw.

³⁹ Horn, S. 563;

⁴⁰ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309, Rz. 6, 79;

⁴¹ Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB der Schuldrechtsreform sieht für diese langfristige Schuldverhältnisse lediglich eine Übergangsregelung für Altverträge vor. Danach können diese Verträge in dem ersten Jahr nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform angepasst werden; ab dem 1. 1. 2003 gilt auch hier neues Recht.

⁴² Medicus, Schuldrecht I, Rz. 10 f.

⁴³ Medicus, Schuldrecht I, Rz., 11; Paschke, S. 135; a. A. Oetker, S. 102; Jickeli, S. 23;

⁴⁴ Oetker, S. 106 ff.

⁴⁵ Medicus, Schuldrecht I, Rz. 11; Vierhuß NJ 2003, 34

⁴⁶ Beitzke, S. 4 f.; Oetker, S. 177 ff.

Bezugsverträge auf Dauer grundsätzlich als Unterart der Dauerschuldverhältnisse betrachtet werden⁴⁷.

Wesentlich für die weitere Betrachtung ist die Feststellung des BGH, dass es sich bei lang andauernden Lieferverträgen ohne fest vereinbarte Liefermengen oder Höchstmengen nicht um Sukzessivlieferungsverträge handelt. Konsequent werden damit diese nicht den Dauerschuldverhältnissen zugeordnet⁴⁸. Es wird hier also ein Unterschied gemacht zwischen dem Dauerschuldverhältnis einerseits und dem „unechten“ Sukzessivlieferungsvertrag andererseits, der gerade kein Dauerschuldverhältnis sein soll⁴⁹. Als Konsequenz folgt nach dem BGH daraus, dass für einen „echten“ Sukzessivlieferungsvertrag als Dauerschuldverhältnis das Institut der außerordentlichen Kündigung als Instrument der Vertragsbeendigung vorgesehen ist⁵⁰. Der „unechte“ Sukzessivlieferungsvertrag sei jedoch lediglich durch einen Rücktritt unter den Voraussetzungen des § 326 BGB a. F. außerordentlich zu beenden⁵¹. Dadurch besteht eine Inkongruenz der rechtlichen Möglichkeiten bei Leistungsstörungen: Bei echten Sukzessivlieferungsverträgen als Dauerschuldverhältnisse ist danach eine außerordentliche Kündigung (für die Zukunft) das richtige Instrument, für unechte Sukzessivlieferungsverträge dagegen der Rücktritt (grundsätzlich mit einer Rückabwicklung der Vergangenheit). Diese Konsequenz wird auch nach der Schuldrechtsreform aufrechterhalten⁵²: der neue § 314 BGB solle nicht für „unechte“ Sukzessivlieferungsverträge gelten.

IV. Eigene Stellungnahme

Ist diese vorgenannte Differenzierung von echten bzw. unechten Sukzessivlieferungsverträgen notwendig? Mit welcher Berechtigung werden die „unechten“ Sukzessivlieferungsverträge von den Dauerschuldverhältnissen und damit von § 314 BGB ausgenommen? Für die Beantwortung dieser Frage muss man zum Ausgangspunkt dieser Unterscheidung zurückkehren: Maßgeblich für die Differenzierung ist, ob der Kunde nach dem Vertrag „nur“ nach Bedarf beliefert wird oder eine fixe Abnahmemenge von vorne herein fest vereinbart wird, die der Kunde kontinuierlich abzunehmen hat.

⁴⁷ Medicus, Schuldrecht I, Rz. 12 f.

⁴⁸ BGH NJW 1960, 1614; BGH BB 1977, 468; BGH NJW 1981, 679 f.; BGH WM 1991, 1558; anders aber BGH WM 1986, 73, in dem ein Sukzessivlieferungsvertrag über Zündholzbriefe zu den Dauerschuldverhältnissen gezählt wurde, unter Berufung auf BGHZ 60, 380 ff.

⁴⁹ Vgl. auch Staudinger-Schmidt, 13. Aufl. 1995, §§ 241-243, Einl. zu §§ 241 ff., Rz. 355; Staudinger-Beckmann (2004), Vor § 433, Rz. 102

⁵⁰ Staudinger-Schmidt, 13. Aufl., 1995, §§ 241-243, Einl. zu §§ 241 ff., Rz. 382; ab 2002 in § 314 kodifiziert

⁵¹ BGH NJW 1981, 679 f.; BGH WM 1979, 674; Fikentscher Rz. 36; Medicus Schuldrecht I, Rz. 518; seit 2002 erfolgt dies auf der Grundlage des § 323, vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., Vor § 311, Rz. 33

⁵² Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314 Rz. 2, 12

Nun ist der Abnehmer eines „unechten“ Sukzessivlieferungsvertrages in der Regel auf diese Lieferungen angewiesen, selbst wenn er nach Bedarf bestellt. Diese Waren weiter zu veräußern oder zu verarbeiten, ist in der Regel Kern oder zumindest Teil seines Geschäfts. Diese Bedeutung wird z. B. klar, wenn man sich vergegenwärtigt, dass eine Gaststätte ständig mit Getränken versorgt wird, ein Franchisenehmer die verpflichteten Waren für den weiteren Absatz kontinuierlich beziehen muss oder ein Unternehmen Rohstoffe oder Zulieferteile regelmäßig für die eigene Produktion benötigt. Auch in diesen Fällen werden jeweils immer wieder und nicht nur sporadisch Waren bezogen, selbst wenn in der zugrunde liegenden Bezugsverpflichtung eine fest vereinbarte Gesamtliefermenge fehlt. Die Lieferanten müssen also auch hier ständig lieferfähig sein. Weil sich solche Lieferungsverhältnisse eben nicht in aufspaltbare Einzellieferungen erschöpfen, bedürfen die Parteien auch bei „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen eines Regelwerks, das die andauernden Vertragsbeziehungen über die Einzellieferung hinaus regelt.

Zwei weitere Punkte belegen, dass die Unterscheidung in „echte“ bzw. „unechte“ Sukzessivlieferungsverhältnisse für die Einordnung als Dauerschuldverhältnis nicht hilfreich ist: In der Praxis gibt es häufig Vertragsgestaltungen, die neben der Bezugsbindung zunächst keine feste Abnahmemenge im Sinne eines „echten“ Sukzessivlieferungsvertrages vorschreiben. Stattdessen nehmen die Parteien eine gemeinsame Prognose der zukünftigen Abnahmemenge vor, die dann als „ca.“-Wert im Vertrag verankert wird. Andere Vertragsgestaltungen verpflichten den Abnehmer zum Bezug des gesamten Sortiments, ohne dieses zunächst mengenmäßig zu fixieren⁵³. Bis dahin entspricht das dem „unechten“ Sukzessivlieferungsvertrag. Im Folgesatz dieser Vertragsklausel wird dann jedoch häufig eine Mindestabnahmemenge des verpflichteten Sortiments festgeschrieben. Der Lieferant will damit die Zusage einer Mindestabnahmemenge erreichen, gleichzeitig aber nicht auf mögliche Mehrabsätze verzichten. Die Vereinbarung einer Mindestabnahmemenge würde den Vertrag bis zu dieser Menge als „echten“ Sukzessivlieferungsvertrag qualifizieren. Würde der Kunde mehr als die Mindestabnahmemenge beziehen, handelte es sich jedoch um ein „unechtes“ Sukzessivlieferungsverhältnis. Die Zuordnung derartiger Lieferungsverträge zu „echten“ bzw. „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen gelingt hier nicht⁵⁴. Ob ein Vertrag durch den Rücktritt oder die außerordentliche Kündigung zu beenden ist, kann sich nicht danach richten, wie viel der Kunde von dem verpflichteten Sortiment bereits abgenommen hat.

Dem Wesen von Dauerschuldverhältnissen entsprechend sollten die entwickelten Grundsätze der Rechtsprechung daher für alle Sukzessivlieferungsverträge gelten⁵⁵.

⁵³ Zirkel NJW 1990, 348 f. unterscheidet nur zwischen Sukzessivlieferungsvertrag (mit fest bestimmter Menge) und Bezugsvertrag (ohne feste Menge)

⁵⁴ Zirkel NJW 1990, 348, der ebenfalls (echte) Sukzessivlieferungsverträge und Bezugsverträge (entsprechen den „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen) als Dauerschuldverhältnisse sieht.

⁵⁵ Etwa zur Anwendung des § 626 I BGB, vgl. BGH BB 1953, 339; BGH WM 1975, 850; BGH MDR 1976, 834; BGH BB 1981, 872; vgl. auch BGH NJW-RR 1986, 211 mit Anm. Bunte EWIR 1986, 107;

Denn sowohl bei „echten“ wie „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen wird ein für die erfolgreiche Vertragsabwicklung erforderliches, gegenseitiges Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien vorausgesetzt, das über die Beachtung vor- oder nachgelagerter Nebenpflichten hinausgeht. Dementsprechend kennen die durch die Schuldrechtsreform neu in das BGB eingefügten §§ 313 und 314 BGB zu Recht keine Unterscheidung von „echten“ und „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen, diese Vorschriften stufen Sukzessivlieferungsverhältnisse unterschiedslos als Dauerschulden ein⁵⁶.

Für die Annahme, dass es sich bei den hier behandelten Lieferungsverträgen um Dauerschuldverhältnisse handelt, spricht auch, dass den hier behandelten Sukzessivlieferungsverhältnissen nicht nur Liefer- und Abnahmepflichten des Warengeschäfts zugrunde liegen. Daneben bestehen außerdem auch die für die Bezugsbindung erlangten vertraglichen Gegenleistungen, seien es Darlehen, Verpachtungen oder eine andere Leistungen. Auch diese müssen über die gesamte Laufzeit des Vertrags abgewickelt und behandelt werden. Diese Gegenleistungen prägen daher ihrerseits das Vertragsverhältnis zu einem Dauerschuldverhältnis⁵⁷.

In der Geschäftspraxis werden die vorgenannten Definitions- und Differenzierungsprobleme nahezu mühelos gemeistert⁵⁸. Dabei werden die Interessen der Parteien in der Regel in den Grenzen der Parteiautonomie auf der Basis ihrer individuellen Vereinbarungen gewahrt, ohne dass hier die vorgenannten Abgrenzungsfragen eine wesentliche Rolle spielen. Daher sind noch tiefer gehende Differenzierungen⁵⁹ in der Praxis wenig bedeutsam.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass alle diese Lieferungsverträge auf Dauer Dauerschuldverhältnisse sind⁶⁰. Dass die Leistung dabei nicht ununterbrochen wie z. B. die Gebrauchsüberlassung bei einer Miete, sondern in bestimmten Zeitabständen, nach Abruf erbracht wird, steht dieser Einordnung nicht entgegen⁶¹. Hier ist also weniger die Unterscheidung zwischen „echten“ oder „unechten“ Sukzessivlieferungsverträgen von Bedeutung. Vielmehr ist es der Umstand, dass beiden Vertragstypen ein über die Einzellieferung hinaus gehendes, beide Parteien

Heß NJW 2002, 253; Kirsch, NJW 2002, 2523

⁵⁶ Vgl. S. 408 f. des Regierungsentwurfs zur Schuldrechtsreform; anders Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314 Rz. 2, 12; wie hier Jauernig-Vollkommer § 311, Rz. 14, und bereits Gollub, S. 29

⁵⁷ Vgl. Oetker, S. 145 f. m. w. N. zu Miete bzw. Pacht, Leihe, Darlehen, also den Gegenleistungselementen, die bei diesen Lieferungsverträgen hauptsächlich zum Zuge kommen (vgl. Kap. C II)

⁵⁸ Das liegt daran, dass es sich hierbei nicht um ein theoretisches Konstrukt handelt, sondern um einen Vertragspraxis, der sich aus der Vertragspraxis entwickelt hat. Die von Oetker, S. 18, Fn. 1, genannte Fundstelle kann ohne weiteres hier zitiert werden: „It's not a theorist's creation; it is a fact, at work in the courts, warping the older, inadequate theory of a single deal.“

⁵⁹ Vgl. die Übersicht bei Oetker S. 143

⁶⁰ So schon v. Gierke JherJb Bd. 64, 355, 362, 403; Jauernig-Vollkommer § 311, Rz. 14; Oetker S. 190; Beitzke, S. 46; vgl. Soergel-Wiedemann, 12. Auflage, Vor § 323, Rz. 69, der immerhin von einer „Nähe“ zu den Dauerschuldverhältnissen spricht; im Ergebnis Vierhuß NJ 2003, 33

⁶¹ Beitzke, S. 46

bindendes Band zusätzlicher Vertrags- und Treuepflichten innewohnt, das diese Vertragsverhältnisse der besonderen Beachtung als Dauerschuldverhältnisse empfiehlt⁶². Bei der vertraglichen Bestimmung der zu liefernden Menge wird der Lieferant in der Regel bestrebt sein, seinen Absatz zu optimieren. Der Mengenbestimmung im Vertrag wird daher in der Vertragspraxis häufig ein „wenigstens“ bzw. „mindestens“ vorangestellt, so dass die Bezugspflicht noch nicht mit der Abnahme der bezifferten Menge beendet ist. Die Unterscheidung einer Vertragsart danach, ob die Abnahme von „1000 hl“ oder „mindestens 1000 hl“ geschuldet ist, erscheint nicht schlüssig⁶³. Die Grenzziehungen zwischen „echten“ und „unechten“ Sukzessivlieferungsverträge verschwimmen somit und es empfiehlt sich, beide Lieferungsformen einheitlich als Dauerschuldverhältnisse zu behandeln⁶⁴.

⁶² V. Gierke JherJb Bd. 64, 355, 362; Staudinger-Schmidt, 12. Aufl., Bd. 2, Einl. §§ 241 ff, Rz. 309, 312

⁶³ Vgl. Klaas, AnwBl 1986, 213 f., der als Richter am BGH zu Recht der Meinung ist, dass für einen Sukzessivlieferungsvertrag eine Gesamtmenge nicht festgelegt sein muss

⁶⁴ Staudinger-Schmidt, 12. Aufl., Bd. 2, Einl. vor §§ 241 ff., Rz. 302

C. Langfristige Sukzessivlieferungsverträge unter besonderer Berücksichtigung von zusätzlichen Gegenleistungen

Viele bekannte Schriften zum Sukzessivlieferungsvertrag beschäftigen sich hauptsächlich oder gar ausschließlich mit dem langfristigen Austauschverhältnis von Waren zwischen Lieferanten und Abnehmer und behandeln in erster Linie die sich daraus ergebenden Leistungsstörungen⁶⁵. Sie konzentrieren sich insbesondere auf die kaufrechtlichen Aspekte dieser Verträge.

Wie dargelegt, prägt gerade die mit einer Bezugsverpflichtung verknüpfte Gegenleistung des Lieferanten den Charakter des Sukzessivlieferungsvertrages zu einem Dauerschuldverhältnis. Sie bildet deswegen ein wichtiges Element solcher Lieferungsverträge. Darüber hinaus entstehen dadurch weitere wesentliche Vertragspflichten für beide Seiten, die das Dauerschuldverhältnis wesentlich beeinflussen. In diesem Abschnitt soll daher die Bedeutung von Gegenleistungen für den Sukzessivlieferungsvertrag generell und die Darlegung der üblichsten Gegenleistungen der Arbeit behandelt werden.

I. Bedeutung einer Gegenleistung für den Sukzessivlieferungsvertrag

Bereits seit langem ist anerkannt, dass auch langfristige Bezugsbindungen eines Abnehmers mit einer festen Bezugsdauer nicht zu beanstanden sind, wenn sie zeitlich begrenzt sind und den Abnehmer nicht in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit knebeln⁶⁶. Zeitlich unbefristete Bezugsverpflichtungen werden von der Rechtsprechung seit jeher nicht toleriert⁶⁷.

Je länger eine Bezugsbindung andauern soll, desto näher liegt andererseits die Annahme, dass eine Bezugsbindung im Sinne des § 138 BGB sittenwidrig sein kann⁶⁸. Nach ständiger Rechtsprechung sind auch zeitlich begrenzte Lieferungsverträge bereits dann nichtig, wenn sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kunden, seine Selbständigkeit und die Möglichkeit, sich veränderten Umständen in seiner Betriebsführung anzupassen, in einer Weise einengen, die mit den Anschauungen eines redlichen, geschäftlichen Verkehrs nicht zu vereinbaren ist⁶⁹.

⁶⁵ vgl. Hueck, S. 7; v. Scheven, S. 9 ff.; Sauter, S. 8 ff.

⁶⁶ RGZ 152, 251; vgl. im einzelnen Kap. E III 1

⁶⁷ RG JW 1927, 119 f.; BGHZ 74, 298; Jickeli, S. 160

⁶⁸ BGH NJW 1970, 279

⁶⁹ vgl. z. B. BGH NJW 1970, 2157; BGH NJW 1972, 1459, jeweils m. w. N.; vgl. auch E III 1

In diesem Zusammenhang kann jedoch nicht nur die rein zeitliche Länge einer Bezugsbindung allein maßgeblich sein. Vielmehr ist gerade auch die Betrachtung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung insgesamt bei derartigen Sukzessivlieferungsverträgen von Bedeutung⁷⁰. Wird ein auffälliges Missverhältnis dieser beiderseitigen Leistungen objektiv festgestellt, lässt sich die tatsächliche Sittenwidrigkeit vermuten. Die Anwendung des § 138 I BGB ist dann gerechtfertigt, wenn ein subjektives Tatbestandselement, vor allem eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten, hinzukommt. Nur bei einem besonders groben Missverhältnis kann die verwerfliche Gesinnung des Begünstigten vermutet werden⁷¹. Hier ist auch von Bedeutung, ob der Abnehmer aus seinem Geschäft, in dem die verpflichteten Waren weiter veräußert werden, seinen Lebensunterhalt bestreiten muss, oder ob er dieses Geschäft etwa gar nicht selbst betreiben will⁷². Unbedeutend ist dagegen, ob es sich bei dem Abnehmer um einen Eigentümer oder Pächter seines Betriebsgrundstücks handelt⁷³.

Die Bedeutung einer Gegenleistung des Lieferanten liegt also darin, eine zeitlich längere Bezugsbindung zu rechtfertigen. Im Einzelfall kann die zeitliche Bindung des Abnehmers an eine Bezugsverpflichtung umso einschneidender sein, je größer die Gegenleistungen eines Produzenten/Lieferanten sind⁷⁴. Dies muss der Kunde im Interesse einer sachgerechten Risikoabgrenzung seitens des Lieferanten akzeptieren.

Darüber hinaus muss die Beurteilung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung eines langfristigen Sukzessivlieferungsvertrages einige weitere wesentliche Gesichtspunkte beachten:

Bei einer Bezugsverpflichtung, die mit einer Gegenleistung des Produzenten verknüpft sind, entspricht es den Besonderheiten dieses Vertragstyps, dass der Produzent seine Gegenleistung in der Regel vorab, zu Beginn des Vertragsverhältnisses vollzieht. Das kann die Auszahlung eines Darlehens oder die Überlassung einer Pachtsache sein. Darin ist eine wesentliche Vorleistung des Produzenten zu sehen, die dieser in der Erwartung erbringt, dass sein Vertragspartner die Bezugsbindung während der gesamten Laufzeit des Vertrages einhält. Der Produzent geht mit seiner Leistung in Vorlage. Er riskiert damit zumindest in der ersten Zeit der Vertragsabwicklung, dass seine Gegenleistung auf Grund von Vertragsstörungen oder auch von Fehlprognosen zum Absatz nicht den Gegenwert einbringt, den er sich ursprünglich davon versprochen hat. Das Risiko kann sich auch auf die Weise realisieren, dass eine erbrachte Gegenleistung völlig an Wert verliert. Auch derartige Vorleistungen, deren wirtschaftliches Risiko zunächst der Produzent alleine trägt, sind in die Beurteilung des Verhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung mit einzubeziehen.

⁷⁰ BGH WM 1984, 663

⁷¹ BGH ZIP 1990, 103; vgl. hierzu Anmerkung Sternel, EWIR 1990, 209

⁷² vgl. BGH NJW DB 1975, 638

⁷³ BGH WM 1984, 88; BGH NJW 1985, 2693, mit Anm. von Bunte, EWIR 1985, 137

⁷⁴ BGH NJW 1974, 2089; BGH WM 1982, 1354

Bei der Beurteilung, ob im Einzelfall die Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen, ist weiter zu beachten, dass sich der Umfang und das Ausmaß der Bezugsbindung hinreichend genau aus dem Vertrag ergeben. Streitigkeiten entstehen häufig schon dann, wenn es zu bestimmen gilt, welche genauen Produkte in welchem Ausmaß der Bezugsbindung unterliegen⁷⁵. Für einen Abnehmer ist es von großer Bedeutung, ob ihm z. B. in einem gewissen Umfang ein Fremdbezug gestattet ist und er sich auf diese Weise flexibler an sich ändernde Publikumswünsche anpassen kann⁷⁶. Ebenfalls von großer Wichtigkeit ist es für den Abnehmer, ob ihm durch die Bezugsbindung an einen Vollsortimenter - etwa im Getränkefachgroßhandel - ein entsprechend breit gefächertes Angebot an Produkten zur Verfügung steht, um bei ansonsten angemessener Vertragsgestaltung flexibel auf Änderungen im Publikumsgeschmack reagieren zu können⁷⁷.

Maßgeblich für die Beurteilung der gegenseitigen Leistungen und damit deren Ausgewogenheit kann nur der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sein, da nur zu diesem Zeitpunkt das Ausmaß der Werthaltigkeit der gegenseitigen Leistungen beurteilt werden kann⁷⁸. Eine nachträgliche Kulanz oder Nachsicht des Lieferanten, die dieser im Laufe der Vertragsabwicklung zeigt, ist für den Kunden z. Zt. des Vertragsabschlusses nicht kalkulierbar. Sie kann daher in der Beurteilung nicht mit berücksichtigt werden. Aus den gleichen Gründen können nachträgliche, freiwillig vom Lieferanten erbrachte Zusatzleistungen nicht in die Beurteilung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung mit einfließen⁷⁹. Denn der Abnehmer hat bei späteren freiwilligen Zusatzleistungen des Lieferanten keinen darauf gerichteten Rechtsanspruch, so dass derartige Zusatzleistungen aus der Bewertung von Leistung und Gegenleistung herausfallen müssen⁸⁰. Zusatzleistungen können jedoch dann eine Rolle bei dieser Beurteilung spielen, wenn mit ihnen z. B. eine weitere Verlängerung oder Erweiterung eines an sich bereits zulässigen Bezugsvertrages erreicht werden soll.

Bei der Beurteilung dieser Fälle bedarf es stets einer Würdigung des Einzelfalls dahingehend, ob sich aus der Gesamtheit und dem Zusammenhang von Inhalt, Motiv und Zweck des Vertrages sowie den Umständen seines Zustandekommens ergibt, ob die Grenze der guten Sitten überschritten ist. Diese Würdigung hat durch den Tatrichter zu erfolgen⁸¹. Dessen tatsächlichen Schlussfolgerungen sind durch das Revisionsgericht daher nur in beschränktem Umfang unter dem Gesichtspunkt

⁷⁵ Vgl. die mehrdeutigen Formulierungen in BGH NJW 1985, 2693 (hierzu: Bunte, in EWiR 1985, 137), BGH WM 1990, 519 (hierzu: Stornel, in EWiR 1990, 209). Aus eigener Erfahrung kann ich berichten, dass z. B. bei Vertragsmuster für Bierlieferungsverträge verschiedentlich nicht ausreichend geklärt ist, welche Biersorten genau, bzw. ob auch alkoholfreie Getränke von der Bezugsbindung mit umfasst sind.

⁷⁶ BGH DB 1973, 1843

⁷⁷ Vgl. BGH MDR 1952, 222

⁷⁸ BGH NJW 1972, 1495

⁷⁹ BGH NJW 1987, 1878 (hierzu Anmerkung von Blaurock, in: EWiR 1987, 861)

⁸⁰ BGH WM 1984, 88

⁸¹ So schon RG JW 1935, 2553; BGH NJW 1979, 2149

etwaiger Rechtsfehler nachprüfbar. Bei einem verallgemeinernden Vergleich verschiedener Fälle und Entscheidungen der Rechtsprechung ist deshalb stets Vorsicht geboten.

II. Arten der Gegenleistung und ihre Besonderheiten für Sukzessivlieferungsverträge

Nachfolgend soll auf die wichtigsten Gegenleistungen für ein Belieferungsrecht eingegangen werden. Es soll sich dabei nicht um eine erschöpfende Darstellung der die Gegenleistung ausmachenden Vertragstypen handeln. Die Darstellung kann vielmehr nur die Besonderheiten in Zusammenhang mit Sukzessivlieferungsverhältnissen ausleuchten.

Werden Sukzessivlieferungsverhältnisse mit den die Bezugsverpflichtung rechtfertigenden Gegenleistungen verknüpft, so handelt es sich um einen so genannten typengemischten Vertrag. Dieser enthält sowohl kaufrechtliche Elemente hinsichtlich des Warenaustausches, als auch Elemente des Vertragstypus, auf dem die Gegenleistung beruht. Ein Beispiel hierzu wäre das Darlehensrecht bei einem Vertrag, bei dem ein Darlehen als Gegenleistung gewährt wird⁸². Derartige typengemischte Verträge sind im Schuldrecht auf der Grundlage der Privatautonomie ohne weiteres zulässig⁸³. Diese Kombination verschiedener Vertragstypen werden rechtlich im Einzelfall nach dem Rechtsgebiet des betreffenden Vertragsteils beurteilt⁸⁴.

Grundsätzlich wird man jedoch bei derartigen Mischverträgen zu prüfen haben, ob im Falle einer Sittenwidrigkeit oder bei sonstigen Unwirksamkeitsgründen das Rechtsgeschäft möglicherweise zumindest teilweise aufrechterhalten werden kann, § 139 BGB. Ob ein einheitliches Geschäft vorliegt, bei dem die Vereinbarungen inhaltlich so eng miteinander verknüpft sind, dass sie nach dem Willen der Vertragsparteien miteinander stehen und fallen sollen, ist tatrichterlich zu überprüfen⁸⁵. Gleichwohl ist davon auszugehen, dass die Parteien im Zweifel darin einig gehen, beide Bestandteile des Vertrages einheitlich gelten zu lassen. Kein Vertragsteil wäre ohne den anderen Teil abgeschlossen worden⁸⁶. Diese Ansicht findet sich nunmehr auch in § 358 I BGB (früher § 9 VerbrKrG), der ebenfalls eine innere Verknüpfung verschiedener Vertragstypen für den Fall eines Widerrufs postuliert. Evtl. Unwirksamkeitsgründe können daher auf den gesamten Vertrag durchschlagen⁸⁷.

⁸² Vgl. Fikentscher Rz. 649

⁸³ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., Vor § 311, Rz. 16; Jauernig-Vollkommer § 311, Rz. 30; Larenz II/2, S. 46 f.

⁸⁴ Fikentscher Rz. 652; Larenz II/2, S. 47 f.

⁸⁵ BGH NJW 1968, 936; BGH NJW 1983, 2027

⁸⁶ BGH ZIP 1991, 1011 für einen mit einem Pachtvertrag kombinierten Sukzessivlieferungsvertrag

⁸⁷ Vgl. BGH WM 1991, 1675, in dem diese Frage für das Verhältnis eines Darlehens mit der

Diese mit den Sukzessivlieferungspflichten verbundenen Vertragsarten⁸⁸ führen außerdem ein dauerndes Zeitelement in den jeweiligen Vertrag ein. Auch aus diesem Grund sind solche gemischten Verträge als Dauerschuldverhältnisse anzusehen⁸⁹, einerlei, ob die Belieferung auf der Grundlage eines „echten“ oder „unechten“ Sukzessivlieferungsverhältnisses erfolgt.

II. 1. Darlehen

Es gehört zu den üblichen Gegenleistungen eines Produzenten für eine langfristige Bezugsbindung, dem Abnehmer ein Darlehen zu gewähren, welches dieser als eine wesentliche Finanzierungsquelle für sein Gewerbe benötigt⁹⁰. Darlehen, die als Gegenleistung für eine Bezugsbindung gegeben werden, können als verzinsliche oder unverzinsliche, durch einen Aufschlag auf den Warenpreis oder durch zeitliche oder mengenbezogene Abschreibung zu tilgende Darlehen vereinbart werden. Außerdem ist auch die Variante des „verlorenen Zuschusses“ nicht unüblich⁹¹.

Sofern der Darlehensnehmer und Abnehmer der Waren zu den Adressaten des bis um 31. 12. 1990 geltenden AbzG gehörte⁹², machte das in Zusammenhang mit einem Sukzessivlieferungsvertrag gegebene Darlehen eine Widerrufsbelehrung nicht nur unter dem Gesichtspunkt der „regelmäßigen Lieferung“ im Sinne des § 1 c Nr. 3 AbzG erforderlich. Die Widerrufsbelehrung war auch wegen des gegebenen Kredits obligatorisch. Das seit 1991 geltende Verbraucherkreditrecht ist daher ebenfalls für diese Kreditverträge gemäß der §§ 2, 9 VerbrKrG (heute: §§ 505 I, 491, 355, 358 f. BGB) grundsätzlich anwendbar, sofern der Darlehens- und Abnehmer bei Vertragsschluss als Verbraucher einzustufen ist⁹³.

Im Zusammenhang mit Sukzessivlieferungsverträgen bestehen bei derartigen Darlehen die nachfolgenden besonderen Probleme.

Übernahmeerklärung einer Bezugsverpflichtung in diesem Sinne entschieden wurde. Vgl. im übrigen Kap. E III zu möglichen Unwirksamkeitsgründen.

⁸⁸ Die Diskussion, ob ein Darlehen als Dauerschuldverhältnisses anzusehen ist, vgl. Oetker, S. 148 ff., dürfte mit dem neuen § 488 BGB in dem hier beschriebenen Sinne beendet sein

⁸⁹ zum Zeitelement als konstitutives Merkmal eines Dauerschuldverhältnisses vgl. v. Gierke, 358 f.; Horn, 559 f.

⁹⁰ Bei der Beantragung von öffentlichen Fördermitteln für Existenzgründer werden diese Darlehen in der Praxis häufig als Eigenkapital des Abnehmers ausgewiesen

⁹¹ LG Tübingen NJW-RR 1992, 112; vgl. auch LG Berlin NJW-RR 1990, 820; Nr. 13 der Erwägungsgründe zu EWG-VO Nr. 1984/83; der Begriff des „verlorenen Zuschusses“ ließ die Vertragspartner die Meinung vertreten, dass im Falle des vorzeitigen Vertragsendes dieser Zuschuss auch nicht zurückzahlen sei, verloren sei verloren. Dem hat sich das LG Tübingen unter Anwendung der Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht angeschlossen.

⁹² BGH WM 1980, 1386; BGH WM 1981, 589; BGH ZIP 1986, 510; BGH WM 1986, 795; BGH NJW-RR 1992, 593

⁹³ Vgl. unten Kap. D II 2. 1., D II 4.

II. 1. 1. Das Darlehen als Maßstab für die Ausgewogenheit einer Bezugsverpflichtung

Das Darlehen und seine Konditionen sind besonders wichtig für die Beurteilung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung eines hier maßgeblichen Lieferungsvertrages. Es ist damit für das zulässige Höchstmaß der zeitlichen Bindung mit ausschlaggebend. Diese Darlehen erreichen selbst bei kleinen Absatzbetrieben nicht selten hohe fünfstelligen oder sechsstelligen Summen. Denn insbesondere öffentlich-rechtliche Bedingungen erfordern auch bei kleinen Unternehmen häufig hohe Investitionen. Als Beleg mögen die Umwelterfordernisse dienen, die z. B. bei Tankstellen oder Werkstätten erfüllt werden müssen, um behördlichen Genehmigungsanforderungen zu genügen. Es liegt daher in der Natur der Sache, dass solche Investitionen, die kreditiert werden, in der Regel nur langfristig zurückgeführt werden können. Dem entspricht das Anliegen des darlehensgebenden Lieferanten an einer langfristigen Bezugsverpflichtung.

Dies gilt insbesondere dann, wenn der Abnehmer durch das gewährte Darlehen erst in die Lage versetzt wird, das Betriebsgrundstück oder den Betrieb selbst zu erwerben⁹⁴ bzw. den Betrieb erst zu eröffnen. In diesen Fällen entspricht es erst recht den legitimen Interessen des Produzenten/Lieferanten, dass insbesondere ein Anfänger, dessen Leistungsfähigkeit in dem betreffenden Gewerbe und dessen Vertragstreue dem Vertragspartner (noch) nicht bekannt sind, ein „Mehr“ an Bindungen hinnehmen muss als ein bereits bekannter und am Markt etablierter Abnehmer⁹⁵. Dazu gehört nicht nur die Dauer und das Ausmaß einer unkündbaren Bezugsbindung, sondern auch die Möglichkeit des Produzenten/Lieferanten, bei Leistungsstörungen wirksam reagieren zu können. Dies gilt insbesondere in Gewerben mit einer traditionell starken Fluktuation⁹⁶, bei denen Produzenten auf entsprechende Reaktionsmöglichkeiten angewiesen sind.

Die Rechtsprechung hat es bei der Beurteilung derartiger Bezugsverpflichtungen unterlassen, schematische Regeln für die Relation von Darlehenssumme einerseits und die höchstzulässige Laufzeit des Sukzessivlieferungsvertrages andererseits aufzustellen. Denn die Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung hängt neben der Höhe des Darlehens auch von den weiteren Konditionen und der sonstigen Vertragsgestaltung ab. So hat der BGH⁹⁷ einen gesonderten, separat zu würdigenden Sukzessivlieferungsvertrag in folgendem Fall gesehen: Die Tochter des auf Grund eines gegebenen Darlehens langfristig gebundenen Geschäftsinhabers bestätigte nach dessen Tod nicht nur die noch laufende Bezugsbindung, sondern

⁹⁴ BGH NJW 1972, 1459

⁹⁵ RGZ 152, 251

⁹⁶ Z. B. im Gaststättengewerbe

⁹⁷ BGH WM 1975, 850

verlängerte diese darüber hinaus noch gegen Belassung des noch nicht zurückgezahlten Darlehens. Dieser Fall macht deutlich, dass jeder Einzelfall einer dem Tatrichter obliegenden Einzelfallbeurteilung bedarf.

Vermittelt der Produzent dagegen lediglich einen Kredit für einen Abnehmer oder ist er hinsichtlich der Darlehensgewährung hinreichend abgesichert, reduziert sich für den Produzenten/Lieferanten sein echtes „Risiko“⁹⁸. Dem Abnehmer ist daher in diesen Fällen bei der Ausgestaltung der Bezugsverpflichtung ein entsprechend größerer Spielraum in seiner Bewegungsfreiheit zuzugeben⁹⁹.

II. 1. 2. Die vorzeitige Tilgung des Darlehens und die Bezugsverpflichtung

In der Praxis kommt es häufiger vor, dass ein Kunde den Abschluss der langfristigen Bezugsverpflichtung und das damit im Zusammenhang stehende Darlehen nach einiger Zeit bereut. Das geschieht in der Regel dann, wenn die Anfangsschwierigkeiten einer Geschäftsgründung überwunden sind, das Absatzgeschäft erfolgreich wird und der Kunde von anderen potentiellen Lieferanten mit günstigen Preisen umworben wird. Kann eine dann vorgenommene vorzeitige Tilgung des Darlehens den Abnehmer auch von seiner Bezugsverpflichtung mit dem Argument befreien, dass mit der Tilgung des Darlehens ja auch die Gegenleistung des Produzenten weggefallen sei? Wenn diese Frage zu bejahen ist, wäre der Abnehmer nach der Rückerstattung des Darlehens in der Wahl seines Lieferanten frei. Begründet wird dies in rechtsanwaltlichen Schriftsätzen mit einem Hinweis auf § 504 BGB¹⁰⁰, nach dessen analoger Anwendung der Abnehmer nach einer vorzeitigen Tilgung des Darlehens von seinen Verpflichtungen aus dem Sukzessivlieferungsvertrag frei würde. Denn das gegebene Darlehen bildete mit dem Sukzessivlieferungsverhältnis eine rechtsgeschäftliche Einheit.

Wie bereits aufgezeigt¹⁰¹, geht der Produzent mit seiner Gegenleistung in Vorlage - mit dem für ihn damit verbundenen Risiko. Für den darlehensgebenden Lieferanten bedeutete eine derartige vorzeitige Beendigungsmöglichkeit der Bezugsbindung, dass er zwar das Geschäft seines Vertragspartners vorfinanziert hätte, jedoch ohne die von ihm erwarteten langfristigen Bezüge realisiert zu haben.

⁹⁸ Vgl. unten Kap. C II 5. „Vermittlungsleistungen“

⁹⁹ BGH BB 1973, 637, Gegenstand war hier eine ausschließliche Bezugsbindung von 31 Jahren. Als Gegenleistung wurde ein im wesentlichen grundbuchlich gesichertes Darlehen gewährt, während die Sanktionen für den Abnehmer schon bei geringfügigen Pflichtverletzungen einschneidend ausgestaltet waren.

Nach Art. 6 des Bayerischen AGBGB hatte der bayerische Brauer sogar einen Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek für den nicht bezahlten Bierpreis.

¹⁰⁰ Früher § 14 VerbrKrG

¹⁰¹ S. o., Kap. C I, III

Eine generelle Befreiungsmöglichkeit für den Abnehmer analog § 504 BGB ist zu verneinen. Abgesehen davon, dass hier die Verbrauchereigenschaft des Abnehmers vorliegen muss¹⁰², gilt der § 504 BGB nicht für alle Finanzierungsgeschäfte, sondern nur für Teilzahlungsgeschäfte. Für eine analoge Anwendung des § 504 BGB auf die hier behandelten Sukzessivlieferungsverträge besteht kein Raum, denn es liegt keine Regelungslücke vor: Die vorzeitige Beendigung von Darlehen ist in den §§ 488 III, 489 f. BGB geregelt¹⁰³, so dass § 504 BGB als Begründung für den Wegfall der Bezugsbindung nicht herangezogen werden kann.

Allerdings stellt sich die Frage nach dem weiteren Bestand der Bezugsverpflichtung gemäß § 488 III 3 BGB in den Fällen, in denen das Darlehen unverzinslich ausgereicht wurde. Auch derartige Fälle kommen in der Praxis des öfteren vor. Hier wäre mit der Rückerstattung des Darlehens die die Bezugsverpflichtung rechtfertigende Gegenleistung getilgt.

Wird das unverzinsliche Darlehen als Aufschlag auf die abzunehmende Menge getilgt, so wird allerdings in der Regel davon auszugehen sein, dass eine vorzeitige Darlehenstilgung durch die Zahlung der noch offenen Darlehensvaluta von beiden Parteien nicht gewollt ist. Hier wird man wegen der direkten Verknüpfung von Tilgung und Warenbezug die Auslegungsregel des § 271 II BGB nicht anwenden können.

Ansonsten ist die vorzeitige Tilgung des Darlehens grundsätzlich möglich, § 271 II BGB, wenn die Vertragsparteien hierzu keine eigene Regelung vereinbart haben¹⁰⁴. Aber auch hier wird man insbesondere wegen des Vorleistungscharakters des Darlehens nicht davon sprechen können, dass dann die Grundlage für die Bezugsverpflichtung entfallen sei. Dass der Abnehmer trotz des getilgten Darlehens weder von dem ihm z. Zt. beliefernden noch von einem konkurrierenden Produzenten eine neue Leistung, ein neues Darlehen erhalten kann, weil er noch einer Bezugsverpflichtung unterliegt, ist eine Härte, durch die der Abnehmer in eine wirtschaftlich schwierige Lage kommen mag¹⁰⁵. Es ist daher allenfalls im Ausnahmefall nach gründlicher Prüfung möglich, dass eine den normalen Rückzahlungszeitraum übersteigende Bezugsverpflichtung gegen die guten Sitten verstößt und die Rest-Vertragsdauer entsprechend zu kürzen ist¹⁰⁶. Ansonsten bleibt der Kunde an die Bezugsverpflichtung gebunden.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn ein Produzent sich zu einer Darlehensgewährung bereit erklärt hat, das Vertragsmuster eine Bezugsverpflichtung für die vorgesehene Laufzeit aber auch für den Fall vorsieht, dass der Kunde das

¹⁰² S. hierzu unten Kap. D II 2. 1., D II 4.

¹⁰³ Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 504 Rz.2

¹⁰⁴ Die vorzeitige Rückerstattung selbst bei unverzinslichen Darlehen gem. § 488 III 3 BGB kann abbedungen werden, Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 488, Rz. 2; nach Knops, VuR 2001, 239 ff. allerdings nur durch Individualvereinbarung

¹⁰⁵ Vgl. RG JW 1935, 2553 und S. 3217

¹⁰⁶ Die Musterverträge einer namhaften deutschen Brauerei sehen bei vorzeitiger Tilgung des Darlehens vor, dass die Restlaufzeit des Vertrages um die Hälfte gekürzt wird.

Darlehen gar nicht in Anspruch nimmt. Hier kommt die Unwirksamkeit dieser Klausel als „überraschende“ Klausel im Sinne des § 305 c I BGB (bisher § 3 AGBG) in Betracht. Denn der Kunde musste sicher mit einer Bezugsbindung rechnen, wenn er das Darlehen in Anspruch nimmt. Überraschend im Sinne des § 305 c I BGB ist es für ihn jedoch, dass er auch dann an die Bezugsverpflichtung gebunden sein sollte, wenn er das Darlehen und damit die die Bezugsverpflichtung rechtfertigende Gegenleistung überhaupt nicht in Anspruch nimmt¹⁰⁷.

II. 1. 3. Das Schicksal des Darlehens bei unwirksamen Sukzessivlieferungsverhältnissen

Auch die Fragen der Rückabwicklung von gemischten Verträgen, die sowohl Elemente des Sukzessivlieferungsvertrages mit einer Bezugsverpflichtung als auch des Darlehensvertrages ausweisen, bereiteten in der Rechtsprechung Probleme. Im Falle der Unwirksamkeit des Vertrags schien eine vollständige Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen wenig glücklich zu sein, es sei denn, das Vertragsverhältnis hätte sich noch ganz im Anfangsstadium befunden. Die Anwendung der im Gesellschafts- oder Arbeitsrecht anerkannten Grundsätze des faktischen Vertrages, nach denen eine rückwirkende Auflösung des Vertragsverhältnisses ausscheidet, sobald es sich im Vollzug befindet¹⁰⁸, setzt voraus, dass auch bei den hier in Rede stehenden Vertragsverhältnissen ein entsprechender Verkehrsschutz in Bezug auf Gesellschaftsverträge bzw. ein entsprechender Arbeitnehmerschutz bei Arbeitsverträgen zum Zuge kommen muss. Eine Parallele dazu ist bei den hier behandelten Sukzessivlieferungsverträgen nicht ersichtlich¹⁰⁹.

Ein weiterer Ausweg wurde darin gesehen, dass sich der auf die Unwirksamkeit berufende Vertragspartner nach Treu und Glauben nicht auf die Gesamtnichtigkeit des Vertrages berufen kann, wenn die unwirksame Vertragsbestimmung nur die andere Partei begünstigt und diese am Vertrag auch bei Wegfall der sie begünstigenden Regelung festhalten will¹¹⁰. Es ist daher zwischen den Elementen der Sukzessivlieferungen und des Darlehens zu unterscheiden, obwohl in der Regel ein einheitliches Vertragsverhältnis abgeschlossen werden sollte.

Auf die Vergangenheit kann sich ein Wegfall der Bezugsverpflichtung nicht mehr auswirken, da hier bereits zumindest eine (teilweise) Erfüllung vorliegt. Denn bei einem „echten“ Sukzessivlieferungsverhältnis sind die Einzellieferungen als vertraglich zulässige Teilleistungen einzustufen, § 266 BGB findet hier keine

¹⁰⁷ BGH NJW 1978, 1519; in diesem war ein Darlehensvorvertrag Gegenstand des Verfahrens.

¹⁰⁸ Vgl. Staudinger/Dilcher, 12. A., Vorb. Zu §§ 116-144, Rz. 35 f.

¹⁰⁹ Und für den Fall eines Miet-/Pachtverhältnisses abgelehnt von KG MDR 1967, 404; abgelehnt für einen Franchisevertrag OLG Hamm NZG 2000, 1169

¹¹⁰ BGH WM 1983, 267; BGH WM 1985, 993, hierzu Anmerkung von Löwe, EWIR 1985, 375.

Anwendung. Bei den so genannten „unechten“ Sukzessivlieferungsverhältnissen sind die Einzelbezüge als jeweils separate Kaufverträge über die Waren anzusehen, die mit den Einzellieferungen jeweils erfüllt werden¹¹¹. Dieser Weg kann daher für das Lieferungsverhältnis begangen werden.

Anders jedoch die Rückabwicklung der gewährten Finanzierung: Hier sind die §§ 812 ff., 816 II und ggf. 816 I BGB zum Interessenausgleich bei in Vollzug gesetzten Darlehen, die mit einer Gegenleistung verbunden sind, heranzuziehen¹¹². Ist im Rahmen eines solchen (unwirksamen) Vertragsverhältnisses eine Sicherheit bestellt, so hängt deren Schicksal von der tatrichterlichen Prüfung ab, ob die Sicherheit auch die Rückabwicklungsansprüche mit abdecken sollte¹¹³.

II. 2. Inventargestellung

Ebenfalls zu den typischen Gegenleistungen von Produzenten/Lieferanten gehört es, ihren gebundenen Abnehmern Inventar oder die Geschäftseinrichtung ganz oder teilweise körperlich zur Verfügung zu stellen¹¹⁴, anstatt sie ihm zu finanzieren. Damit soll das Risiko vermieden werden, dass eine Darlehensrückzahlung fehlschlägt. Auch bleibt der Produzent/Lieferant während der Laufzeit des Vertrages Eigentümer der Gegenstände, so dass er dadurch abgesichert ist. Die Maßstäbe für die Prüfung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung sind hier vergleichbar mit den Sukzessivlieferungsverträgen, bei denen ein Darlehen als Gegenleistung gegeben wurde.

Es sind jedoch bei einer reinen Inventargestellung einige Besonderheiten zu beachten:

Häufig ist in der Praxis von „Leihverträgen“ oder von „leihweise überlassenen Gegenständen“ die Rede¹¹⁵. Diese Begriffe decken sich nicht mit der Rechtslage der §§ 598 ff. BGB. Die Überlassung der Gegenstände erfolgt zwar im Einzelfall kostenlos, aber nicht unentgeltlich, wenn der Produzent als Gegenleistung dafür eine nicht unerhebliche Bezugsbindung erhält¹¹⁶. Insofern handelt es sich nicht um einen nur unvollkommen zweiseitigen, sondern um einen vollkommenen zweiseitig verpflichtenden Vertrag.

¹¹¹ Vgl. Oetker, 130; Fikentscher S. 39; Klaas AnwBl 1986, 213 f.

¹¹² BGH NJW 1983, 2027; BGH WM 1991, 1675, mit Anmerkung von Thamm/Detzer, EWIR 1991, 833.

¹¹³ BGH WM 1991, 1675 für die Sicherungsabrede einer Grundschuld; vgl. unten Kap. F I 1

¹¹⁴ Vgl. BGH NJW 1979, 865; BGH ZIP 1984, 335; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 190 f.

¹¹⁵ Vgl. BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1979, 865; BGH WM 1984, 88

¹¹⁶ Vgl. zur Unentgeltlichkeit Palandt-Weidenkaff, 63. Aufl., § 598 Rz.4, § 516, Rz. 8

Des weiteren findet sich häufig in solchen „Leih“-Verträgen die Formulierung, dass das Eigentum an diesen Gegenständen nach Vertragserfüllung, also nach der Abnahme der vereinbarten Menge innerhalb der vereinbarten Zeit, auf den Abnehmer übergeht¹¹⁷. Hier wird man erst recht nicht von einer Leihe im rechtlichen Sinne sprechen. Vielmehr handelt es sich um einen finanzierten Kauf, dessen Kaufpreis in ein Darlehen umgewandelt wird und das schließlich durch den Bezug von Waren getilgt wird.

Der Produzent/Lieferant, der nach der Überlassung der Gegenstände an den Abnehmer weiter Eigentümer des Inventars bleibt, kann jedoch darüber nicht nach Belieben verfügen. So war in einem Lieferungsvertrag die Klausel enthalten, dass es dem Produzenten gestattet war, bei Vertragsverletzungen des Abnehmers auch ohne Kündigung des Sukzessivlieferungsvertrages die Herausgabe des leihweise überlassenen Inventars zu verlangen. Das hieße für den Abnehmer im Ernstfall, dass er die Bezugsverpflichtung zu erfüllen gehabt hätte, ohne jedoch über die dafür erforderlichen Einrichtungsgegenstände zu verfügen. Die Nachteile des Lieferungsvertrages blieben ihm erhalten, die Vorteile des Vertrages, ja, die Grundlage seiner Betriebsführung nähme man ihm. Der BGH hat hier ein anerkennenswertes Interesse des Produzenten an dieser Rechtsfolge nicht gesehen, so dass die Klausel der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG (= § 307 BGB) nicht standhielt¹¹⁸. Aus diesem Grund erscheint es folgerichtig, dass in solchen Fällen bei Vertragsverletzungen des Abnehmers der Vertrag nur einheitlich und im Ganzen gekündigt werden kann¹¹⁹.

II. 3. Franchise/ Lizenzen, Know-How

Als weitere Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung kommen auch die Leistungen eines Franchisegebers in Betracht. Dabei können diese für den Franchisenehmer das Recht beinhalten, Marken, Geschäftsformen, Vertriebs-Know-How, im Einzelfall auch Geschäftsräume für die Betriebsführung des Franchisenehmers zu nutzen¹²⁰. Häufig geht bei einem Franchisevertrag eine entsprechende Bezugsverpflichtung des Franchisenehmers damit einher, bestimmte Waren oder Dienstleistungen für seinen Geschäftsbetrieb von oder über den Franchisegeber zu beziehen¹²¹. Auch hier ergibt sich der Dauerschuldcharakter nicht

¹¹⁷ BGH a.a.O.

¹¹⁸ BGH NJW 1985, 2693

¹¹⁹ KG NJW-RR 1989, 630

¹²⁰ Vgl. Palandt-Weidenkaff, 63. Aufl., Vor § 581 Rz. 22 m. w. N.; Flohr, ZAP Fach 6, S. 343 ff.; Herrfeld, S. 142, die darauf hinweist, dass Bezugsbindungen im Rahmen eines Franchisevertrages häufig durch die Qualitätsanforderungen des Franchisegebers begründet sein können. Vgl. auch EU-GruppenfreistellungsVO für Franchisevereinbarungen 4087/88 vom 1. 2. 1989, Art. 1 Abs. 3 a

¹²¹ Palandt-Weidenkaff, 63. Aufl., Vor § 581, Rz. 24; Flohr, S. 117, betont, dass dies erforderlich ist, damit das Know-How Konkurrenten nicht zugute kommen kann

nur aus der Bezugspflicht¹²², sondern ebenso aus dem Zeitelement, das dem Franchisevertrag in seinen unterschiedlichen Erscheinungsformen zugrunde liegt¹²³. In einem Franchisevertrag verschmelzen Elemente verschiedenster Vertragsformen wie des Miet- und Pachtrechts sowie des Dienst- und Geschäftsbesorgungsrechts mit dem Lizenzrecht¹²⁴, so dass er aus sich heraus bereits einen typengemischten Vertrag darstellt. Auch hier wird man davon ausgehen können, dass es sich um einen einheitlichen Vertrag handelt, weil die Parteien keinen Vertragsteil ohne den anderen abschließen. Im Franchiserecht sind etliche weitere Elemente enthalten, die dieses Vertriebssystem ausmachen. Je nach Vertragsgestaltung können die Verträge ein Weisungsrecht des Franchisegebers oder auch sonstige Kontrollrechte enthalten, die eher an das Verhältnis von Gesellschaftern untereinander erinnern¹²⁵.

Soweit Franchise- oder auch Lizenz- und Know-How-Verträge kaufrechtliche Bezugspflichten wie sonstige Sukzessivlieferungsverträge beinhalten, spricht einiges für deren Gleichbehandlung mit diesen vergleichbaren Bezugsverpflichtungen¹²⁶. Dies gilt insbesondere auch für die Frage der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung¹²⁷, wobei auch hier der Grundsatz gilt: je wertvoller die Leistungen des Franchisegebers für den Franchisenehmer sind, desto längere Bezugsbindungen können dem Franchisenehmer auferlegt werden¹²⁸. Ebenso ist auch für Franchiseverträge auf die Anwendung von Verbraucherschutzgesetzen zu achten, soweit diesbezüglich eine Verpflichtung zum langfristigen Bezug von beweglichen Sachen besteht, § 505 I Nr. 3 BGB, und der Franchisenehmer bei Vertragsabschluß (noch) Verbraucher ist¹²⁹.

II. 4. Miet- bzw. Pachtobjekte

Wie bereits ausgeführt, kann eine Bezugsverpflichtung in Form eines Sukzessivlieferungsvertrages unabhängig davon vereinbart werden, ob der Abnehmer Eigentümer oder Pächter einer Absatzstätte ist¹³⁰. Eine Bezugspflicht

¹²² S. Kap. B III, IV

¹²³ Oetker, S. 175; Herrfeld, S. 13; Giesler/Nauschütt, § 5, Rz. 68

¹²⁴ Giesler/Nauschütt § 5 Rz. 100

¹²⁵ Vgl. Giesler/Nauschütt § 5, Rz. 150 ff., Herrfeld S. 15, Zirkel NJW 1990, 348, 350; gegen eine gesellschaftsrechtliche Einordnung Bayreuther, 288 ff.; es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, wollte man auch auf die franchise-spezifischen Probleme gesellschafts-, arbeits- oder sozialrechtlicher Natur eingehen; hierzu sei auf Bayreuther, a. a. O. bzw. Haunhorst, Franchisenehmer zwischen neuer Selbständigkeit und Arbeitnehmerqualifikation, 1999, verwiesen.

¹²⁶ OLG Frankfurt, NJW-RR 1991, 1272; OLG Hamm, NJW 1992, 3179 mit Anm. Bülow, EWiR 1992, 1031; LG Berlin NJW-RR 1994, 692

¹²⁷ S. Kap. C I, E III 1

¹²⁸ Flohr, S. 188; Giesler/Nauschütt § 4, Rz. 64 ff.

¹²⁹ BGH WM 1986, 795 mit Anm. Graf v. Westphalen, EWiR 1986, 529; BGHZ 105, 374, vgl. auch Anm. von Schricker, EWiR 1989, 105; BGH NJW-RR 1992, 593; vgl. auch D II 2. 1. und D II 4.

¹³⁰ BGH WM 1984, 88; BGH NJW 1985, 2693; BGHZ 122, 288; Palandt-Weidenkaff, 63. Aufl., Vor § 581, Rz. 27

kann jedoch auch mit der „Gegenleistung“ verbunden werden, dass der Abnehmer gleichzeitig einen Pachtvertrag über die Absatzstätte mit dem Produzenten/Lieferanten abschließt und damit überhaupt erst die Möglichkeit erhält¹³¹, einen entsprechenden Betrieb zu eröffnen und zu betreiben. Der Produzent/Lieferant hat sich hingegen bei diesen Absatzbetrieben in der Regel als Eigentümer oder Hauptpächter etabliert, da solche Objekte in seiner Standortpolitik häufig eine Schlüsselstellung einnehmen. Es kann sein, dass diese Objekte eine besondere Ausstrahlungswirkung besitzen, von der der Produzent/Lieferant profitieren will. Anpachtungen nimmt ein Produzent/Lieferant auch vor, wenn absatzstarke Objekte mit Sicherheit auf lange Sicht dem Wettbewerb entzogen werden sollen. Bei diesen Konstellationen wird daher in der Regel die Annahme nahe liegen, dass kein Vertragsteil ohne den anderen vorgenommen worden sein würde¹³². Die aus dem Sukzessivcharakter des Vertrags resultierenden kaufrechtlichen Elemente verbinden sich hier mit miet- und pachtrechtlichen Elementen und bilden einen typengemischten Vertrag. Der Charakter dieser Verträge als Dauerschuldverhältnisse ergibt sich nicht nur aus der lang andauernden Bezugsverpflichtung, sondern auch aus dem Vertragselement des Miet- bzw. Pachtvertrags, der für sich genommen als Musterbeispiel eines Dauerschuldverhältnisses angesehen wird¹³³.

In Bezug auf solche Verträge ist bei einigen Vertragsparteien und Instanzgerichten¹³⁴ die Auffassung anzutreffen, eine Bezugsbindung des Absatzobjektes liege gewissermaßen „objektbezogen“ und „verdinglicht“ auf dem Absatzobjekt selbst. Eine entsprechende Bindung gehe bei einer Verpachtung auch ohne ausdrückliche Vereinbarung auf den Pächter quasi „per se“ über. Da es sich bei einem Bezugsvertrag jedoch um einen schuldrechtlichen Vertrag handelt, kann davon selbstverständlich keine Rede sein: Die Bezugspflicht trifft grundsätzlich allein den Partner des Bezugsvertrages¹³⁵.

Der Abschluss eines derartigen Vertrages mit einer fest vereinbarten Dauer von mehr als einem Jahr unterliegt der Schriftform der §§ 578 I, 550 S. 1 BGB (§ 566 BGB a. F.)¹³⁶.

¹³¹ BGH ZIP 1991, 1011; vgl. hierzu auch Thamm/Detzer EWiR 1991, 833

¹³² BGH ZIP 1991, 1011

¹³³ V. Gierke JherJb Bd. 64, 355, 394 f.; Oetker S. 146 f. m. w. N.

¹³⁴ dazu BGH NJW-RR 1988, 199 für einen Brauereivertrag

¹³⁵ BGH NJW-RR 1988, 199

¹³⁶ Vgl. unten Kap. D III

II. 4. 1. Die Anwendung der Methode „Ertragsorientierter Pachtwertberechnung“ auf Pachtverträge mit Bezugsverpflichtungen

In den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts wurde für Absatzstätten insbesondere im gastgewerblichen Bereich die so genannte EOP-Methode entwickelt, die „Ertragsorientierte Pachtwertberechnung“¹³⁷. Mit ihrer Hilfe sollte die Angemessenheit des Pacht- oder Mietzinses einer Absatzstätte im Hinblick auf § 138 BGB objektiv überprüft werden können. Der Hintergrund hierzu ist folgender:

Grundsätzlich muss sich die Höhe des Pachtzinses auch an § 138 messen lassen. Für diese Prüfung wurden üblicherweise insbesondere die markt- bzw. ortsüblichen Vergleichswerte als Maßstab herangezogen¹³⁸.

§ 138 BGB gilt erst recht, wenn mit der Verpachtung eine Bezugsverpflichtung verknüpft ist. Bei einem Vertrag zwischen einem Produzenten und dem Abnehmer/Pächter ist es bei einem Pachtvertrag dennoch grundsätzlich zulässig, den Pachtzins an den jährlichen Warenbezug zu koppeln, um den Warenabsatz zu fördern. Im Falle des Unterschreitens einer vereinbarten jährlichen Bezugsmenge kann sogar die Vereinbarung einer „Pacht-Entschädigung“ zulässig sein, ohne gegen § 138 I BGB zu verstoßen¹³⁹. Denn ob die Betriebsführung des Pächters in der Lage ist, den für die Pachtzinsberechnung maßgeblichen Absatz zu erreichen, liegt grundsätzlich in seiner Risikosphäre¹⁴⁰.

Allerdings bedeuten derartige Klauseln de facto eine Pachtzinserhöhung, die als Allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart sein kann. In diesem Fall muss die Klausel einer entsprechenden Inhaltskontrolle standhalten, da die Erhöhung des Pachtzinses zu den kontrollfähigen Preisnebenabreden in Gestalt einer Preiserhöhungsklausel gehört¹⁴¹. Wird die Pachtzinserhöhung an das Nichterreichen der Bezugsmenge gekoppelt, wäre diese Erhöhungsklausel nur dann nach AGB-Recht zu prüfen, wenn auch die Bezugsmenge als AGB-Klausel gestellt und nicht individuell vereinbart wurde. Denn sonst würde eine individuell ausgehandelte Bezugsmenge durch die Hintertür der Pachterhöhung doch einer AGB-Kontrolle unterworfen¹⁴².

Eine individuelle Aushandlung der Bezugsmenge wird dann gegeben sein, wenn die Menge einvernehmlich in einen ansonsten vorformulierten Vertrag eingesetzt wird¹⁴³.

¹³⁷ Vgl. Bub ZMR 1995, 509 ff.

¹³⁸ BGH NJW 1995, 1019; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 138 Rz. 76

¹³⁹ BGH WM 1990, 519 mit einer Anmerkung von Sternel, EWiR 1990, 209

¹⁴⁰ Vgl. OLG Nürnberg, bei Bühler, BB 1994, 663 f. zu einem Ausnahmefall einer schwerwiegenden Störung des Äquivalenzverhältnisses, die eine Anpassung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage rechtfertigt.

¹⁴¹ BGH NJW 1994, 1060; BGH NJW 1985, 853

¹⁴² BGH NJW 1990, 569

¹⁴³ BGH NJW 1990, 569

Hier kann der Pächter also auf die Höhe der abzunehmenden Menge Einfluss nehmen. Wird auch die Absatzmenge vom Lieferanten einseitig in den Vertrag eingefügt, handelt es sich um eine gestellte Klausel, die der AGB-Kontrolle unterliegt¹⁴⁴. Die Beweislast hierfür, ob es sich um gestellte oder individuell ausgehandelte Klauseln handelt, trägt der Verwender¹⁴⁵. Wesentlich ist bei dieser Betrachtung, dass es in der Risikosphäre des Betreibers liegt und es damit zu einem Gutteil von seinem unternehmerischen Geschick abhängt, wie sich die Absätze in seinem Objekt entwickeln.

Die EOP-Methode setzt dagegen auf eine objektivierende Betrachtungsweise, wie erfolgreich das Objekt von einem erfahrenen, durchaus sachkundigen, unabhängigen Dritten betrieben werden könnte. Sie will nach der Ermittlung der Lage des Objekts, des Platzangebots, des vereinbarten Pachtzinses etc. sowie der Zugrundelegung eines typisierten Warenangebots, durchschnittlichen Preisen und eines geeigneten Gewinns eine „objektive“ Ertragskraft der Absatzstätte feststellen. Subjektive Fähigkeiten des Betreibers oder eine Betrachtung nach Risikosphären bleiben dabei außer Betracht. Ergibt das Resultat einen zu geringen Gewinn oder gar eine negative Ertragskraft, wird gefolgert, dass der Pachtzins zu hoch sei.

Die EOP-Methode wurde von verschiedenen Gerichten zur Prüfung von vereinbarten Pachtzinsen auf ihre Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB hin zugelassen¹⁴⁶. Statt des Vergleichs mit markt- oder ortsüblichen Pachtzinsen¹⁴⁷ haben diese Gerichte die EOP-Methode vorgezogen, weil man mit dieser Methode in die Lage versetzt werde, die Ertragsfähigkeit der verpachteten Absatzstätte objektiv zu ermitteln. Ein auf diese Weise ermitteltes Ergebnis zur Ertragsfähigkeit des Objekts sollte dann bei der Betrachtung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung allein maßgeblich sein (und nicht andere Faktoren wie z. B. der Grundstückswert). Die der EOP-Methode zugrunde gelegten Branchendurchschnittswerte und Basis-Annahmen für Umsatz, Pachten und anderen betriebswirtschaftlichen Grunddaten haben diese Gerichte als Maßstab für die Beurteilung nach § 138 BGB akzeptiert. Ebenso wurden Durchschnitts-Daten aus mit Pachtverträgen verbundenen Gegenleistungen eingerechnet, z. B. durchschnittliche Abnahmepreise für Waren. Wenn der vereinbarte Pachtzins den an Hand der EOP-Methode errechneten angemessenen Pachtzins um mehr als 100 % übersteigt, soll der Vertrag nach § 138 BGB nichtig sein.

Ein solcher Ansatz berücksichtigt jedoch nicht die Aufteilung der in einem Pachtvertrag üblichen Risikosphären, sondern erklärt die als Prämissen eingeführten Branchendurchschnittswerte quasi zur Geschäftsgrundlage des Vertrages, obwohl die Vertragsparteien eine derartige Untersuchung bei Vertragsschluss gar nicht vorgenommen haben. Die Prämissen wurden in diesen Verfahren erst im Prozess, also nachträglich eingeführt. Die Ertragsfähigkeit nach der EOP-Methode könnte

¹⁴⁴ OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 177; s. auch BGH NJW 1999, 2180

¹⁴⁵ MüKo-Kötz, 2. Aufl., § 1 AGBG Rd. 25

¹⁴⁶ OLG Stuttgart, NJW-RR 1993, 654; OLG München 21 U 2236/92 vom 27. 5. 1994

¹⁴⁷ Vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 138 Rz. 76

jedoch nur dann zur Geschäftsgrundlage und damit zu einem vertraglich beachtenswerten Umstand erhoben werden, wenn die Parteien zur Zeit ihrer Willenserklärungen diese entsprechend § 313 I BGB in die Vertragsgrundlagen eingeführt hätten. Bei den von den Vertretern der EOP-Methode eingesetzten Basisdaten handelt es sich um betriebswirtschaftlich verallgemeinerte Branchendaten, die nicht automatisch als Grundlage eines individuellen Vertrags und damit als Maßstab für die Beurteilung nach den §§ 313 oder 138 BGB herangezogen werden dürfen. Daher hat der BGH sich diesem Ansatz zu Recht nicht angeschlossen und die EOP-Methode für die Beurteilung von Pachtverträgen nach § 138 BGB nicht angewendet¹⁴⁸. Insofern ist an der vertraglich vorgesehenen Aufteilung der Risikosphären sowie an den bisherigen Maßstäben für die Beurteilung des Pachtzinses festzuhalten.

II. 4. 2. Die Einbeziehung von Dritten in Pachtverträge mit Bezugsverpflichtungen

Im Rahmen eines Pachtvertrages kommt es auch vor, dass die Bezugsbindung nicht unmittelbar zwischen dem Produzenten und dem Abnehmer, sondern zwischen dem Eigentümer/Verpächter und einem Pächter vereinbart wird. Die Bezugsverpflichtung zugunsten eines Produzenten/Lieferanten wird dabei als Vertrag zu dessen Gunsten im Sinne des § 328 BGB abgeschlossen. Dem Eigentümer/Verpächter wird in diesem Fall regelmäßig in einer separaten Vereinbarung eine sonstige Gegenleistung durch den Produzenten zugesagt, etwa, dass der Produzent die Verwaltung des Objekts für den Eigentümer, die Finanzierung einer Investition des Eigentümers/Verpächters oder eine Pachtausfallbürgschaft zu dessen Gunsten übernimmt. Darüber hinaus stellt der Produzent dem Eigentümer/Verpächter der Absatzstätte in der Regel einen Pachtvertragstext für den Vertrag zwischen ihm und dem zukünftigen Pächter zur Verfügung. Darin ist bereits eine Bezugsbindung des (u. U. erst noch zu benennenden) Pächters zugunsten des Produzenten enthalten. So lange die Pachtvertragsparteien dem Produzenten in einem derartigen Vertrag keine Verpflichtungen auferlegen, und damit kein unwirksamer Vertrag zu Lasten eines Dritten vorliegt, ist diese Gestaltung zulässig¹⁴⁹. Bei der Beurteilung der Angemessenheit der Bezugsbindung muss sich der Produzent jedoch so behandeln lassen, als sei er selbst Vertragspartei des Mieters/Abnehmers¹⁵⁰.

Da insofern keine Bezugspflichten vereinbart wurden, unterlag dabei nicht schon die Vereinbarung zwischen dem Produzenten und Vermieter der Schriftform des § 34 GWB a. F. Erst die Vereinbarung zwischen dem Vermieter und seinem Mieter

¹⁴⁸ BGH NJW 1999, 3187; BGH NZM 2001, 1633; BGH NJW 2002, 55; auch Wolf/Eckert/Ball, Rz. 1728; Bub/Treier, II Rz. 715a; ungeachtet dessen kann die EOP-Methode für den Abnehmer vor Abschluss des Vertrages ein wichtiges Instrument für die Wirtschaftlichkeitsberechnung des Objekts und damit für seine eigene Willensbildung sein.

¹⁴⁹ BGH BB 1966, 50; NJW 1970, 279; GRUR 1978, 319.

¹⁵⁰ BGH BB 1966, 50

enthielt die gleichzeitig für den § 34 GWB a. F. relevante Bezugsverpflichtung¹⁵¹. Und ebenfalls ist erst in diesem Vertragsverhältnis eine evtl. erforderliche Widerrufsbelehrung gem. § 505 I Nr. 3 BGB (§ 2 Nr. 3 VerbrKrG) zu beachten¹⁵².

II. 5. Sonstige Vorteile als Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung

Die bisher beschriebenen Gegenleistungen, die für eine Bezugsverpflichtung gegeben werden, dürfen als die üblichen Gegenleistungen bezeichnet werden. In Betracht kommt auch eine Kombination verschiedener Gegenleistungen. So kann ein Darlehen mit einer Verpachtung des Absatzobjekts an den Abnehmer kombiniert werden. Neben diesen „klassischen“ Gegenleistungen haben sich in der Praxis einige andere Leistungen des Produzenten/Lieferanten etabliert, die nun kurz zur Vollständigkeit des Bildes aufgezeigt werden sollen:

- „Konkurrenzfähige Produkte“

In einigen Fällen findet sich eine Klausel in Belieferungsverträgen, dass der Produzent als Gegenleistung die Lieferung guter und konkurrenzfähiger Produkte zusagt. Dies dürfte angesichts des heutigen scharfen Wettbewerbs in allen Wirtschaftsbereichen keine die Zahlung des Kaufpreises übersteigende Gegenleistung des Abnehmers rechtfertigen. Insbesondere strikte Bezugsbindungen lassen sich allein mit diesem Leistungsangebot des Produzenten nicht rechtfertigen. Bei den aktuell üblichen Qualitätsstandards der Produzenten handelt es sich heutzutage um eine reine Selbstverständlichkeit. Der Produzent ist ohnehin z. B. auf Grund des Lebensmittelrechts, aber auch auf Grund des § 433 I BGB verpflichtet, mängelfreie Waren zu liefern¹⁵³.

- Vermittlungsleistungen

Hingegen ist es als eine Gegenleistung des Produzenten/Lieferanten anerkannt worden, wenn er dem Abnehmer seine Absatzstätte zum Kauf oder zur Anpachtung

¹⁵¹ BGH NJW 1970, 2157

¹⁵² Vgl. Kap. D II 2. 1., D II. 4. zur Verbrauchereigenschaft

¹⁵³ In einem Berufungsverfahren vor dem OLG München (vom 31. 5. 1995, 25 U 3600/94) wurde in einem Fall die Auffassung vertreten, bei einem Bierlieferungsvertrag sei auch der Umstand (zu Lasten der Brauerei) zu beachten, dass der Gastwirt durch eine mit Vertragsstrafen und Schadensersatzansprüchen bewehrte Bezugsverpflichtung verpflichtet sei, den Absatz von alkoholischen Getränken zu steigern. Wegen des Alkoholgenusses würden jedoch zahlreiche gesundheitliche, gesellschaftliche und soziale Probleme gerade auch junger Menschen geschaffen. Dieser Betrachtung hat der BGH (BGHZ 109, 314 mit Anmerkung von Sternal in: EWiR 1990, 209) zuvor eine klare Absage erteilt. Die Einführung von Prohibitionsmaßnahmen ist danach Sache des Gesetzgebers, nicht die der Rechtsprechung.

vermittelt hat¹⁵⁴. Denkbar ist auch, dass der Produzent/Lieferant dem Abnehmer eine Finanzierung durch einen Dritten vermittelt, ohne selbst für eine Finanzierung das Risiko zu übernehmen. Auch der hauptberufliche Makler erhält in derartigen Fällen eine Provision von seinem Mandanten, wenn er ein Objekt vermittelt oder den Nachweis hierzu gibt, §§ 652 I, 653 BGB. Als „Provision“ ist für den Produzenten/Lieferanten statt einer Geldleistung auch ein selbständiges Bezugsrecht denkbar. Mangels eines Ausfallrisikos wird man jedoch bei einer reinen Vermittlungsleistung die höchstzulässige Bindungsdauer bei einer derartigen Gegenleistung nicht so hoch ansetzen können, wie bei einem Produzenten, der selbst ein Ausfallrisiko zu tragen hat.

- Der Verkauf eines Betriebes

Auch im Zusammenhang mit dem Verkauf einer Absatzstätte kann es zu einer wirksamen Vereinbarung einer Bezugsverpflichtung kommen. Dies kann in der Weise geschehen, dass ein Lieferant/Produzent eigenes Grundstückseigentum, auf dem sich ein Absatzobjekt befindet, veräußert, und dabei dem Käufer und späteren Abnehmer eine entsprechende Bezugsverpflichtung im Rahmen des Grundstückskaufvertrages auferlegt. Ein solches Grundstück wird vom Verkäufer/Produzenten de facto nicht unbelastet, sondern nur versehen mit einer entsprechenden Bezugsverpflichtung auf dem Markt angeboten. Insofern kann der Käufer von vorne herein das Grundstück nur mit dem „Minus“ einer Bezugsverpflichtung versehen erwerben. Der Verkäufer/Produzent wird in der Regel diese Bezugsverpflichtung sachenrechtlich dadurch absichern, dass er noch als Eigentümer das zu verkaufende Grundstück zuvor mit einer Eigentümergrundsuld oder einer Eigentümerdienstbarkeit belastet¹⁵⁵.

Eine derartige Gestaltung kann darüber hinaus mit einer Reduzierung des Kaufpreises verbunden sein, da der Preis auch davon beeinflusst wird, ob der Käufer auf dem Grundstück gebunden oder ungebunden Waren veräußern kann. Ebenso kommt hier eine Stundung des Kaufpreises als zusätzliche oder alternative Gegenleistung in Betracht¹⁵⁶.

Die Rechtsprechung zu diesem Problemkreis befasste sich in erster Linie damit, ob zugunsten des Käufers/Abnehmers trotz der erforderlichen notariellen Beurkundung weiterhin die Formvorschriften der Verbraucherschutzgesetze anwendbar oder aber entbehrlich sind¹⁵⁷. Die notarielle Beurkundung bezweckt zwar auch einen gewissen Schutz vor übereilten Grundstücksgeschäften¹⁵⁸, doch stellt die notarielle Aufklärungspflicht allenfalls eine vor Abgabe der Willenserklärung bestehende

¹⁵⁴ BGH NJW 1994, 1800; vgl. hierzu Teske, EWiR 1994, 625

¹⁵⁵ Vgl. zu den Sicherheiten für ein Bezugsrecht Kap. F III

¹⁵⁶ BGHZ 97, 127, mit Anm. Paulusch EWiR 1986, 313; BGH NJW-RR 1993, 243 mit Anm. Borgmann, EWiR 1993, 31

¹⁵⁷ Z. B. Weitnauer JZ 1986, 763; Soergel/Hönn, BGB, 11. Aufl., § 1c AbzG Rz. 7 f.

¹⁵⁸ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 311 b, Rz. 2

Überlegungsmöglichkeit dar. Im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit eines Verbrauchers sollte die Widerrufsmöglichkeit nach dem alten AbzG, aber auch nach dem bisherigen VerbrKrG (jetzt: § 355 BGB) gerade eine Überlegungsfrist nach der Abgabe der eigenen Willenserklärung gewährleisten. Selbst wenn dem Vertrag eine notarielle Beurkundung zugrunde liegt, macht dies die Anwendung der Verbraucherschutzvorschriften daher nicht entbehrlich¹⁵⁹. Dies dürfte unter der Ägide des neuen Verbraucherschutzrechts nach der Schuldrechtsreform weiterhin gelten.

- Vorpachtrecht und Mieteintrittsrecht

Eine andere Variante des Versuchs, ein Absatzobjekt an einen Produzenten/Lieferanten zu binden, liegt in folgender Gestaltung:

Ein Produzent/Lieferant lässt sich zuweilen von einem Eigentümer eines Absatzobjekts vertraglich ein Vorpachtrecht oder ein Mieteintrittsrecht auf das Objekt einräumen. Als Gegenleistung für ein derartiges Eintrittsrecht übernimmt der Produzent/Lieferant nicht selten etwaige offene Pachtrückstände des Vorpächters oder eine Pachtbürgschaft gegenüber dem Eigentümer¹⁶⁰. Dieses Recht kann der Produzent/Lieferant z. B. dann ausüben, wenn der Eigentümer mit einem (dem Produzenten/Lieferanten nicht genehmen) Pächter einen Pachtvertrag abschließt.

Haben der Eigentümer und der Pächter dennoch eine Bezugsverpflichtung mit einem anderen Produzenten als dem vorpachtberechtigten abgeschlossen, stellt sich die Frage, ob diese zwischen den Pachtparteien anderweitig abgeschlossene Bezugsverpflichtung zugunsten des Vorpachtberechtigten unbeachtlich ist. Dies hat der BGH verneint¹⁶¹. Ein Bezugsrecht zugunsten des Vorpachtberechtigten muss ausdrücklich vereinbart sein. Fehlt dieses Bezugsrecht zugunsten des Vorpachtberechtigten, ist es diesem Vorpachtrecht nicht immanent, dass damit zwingend eine Bezugsverpflichtung verbunden ist. Das Ergebnis ist zutreffend, denn anderenfalls wäre der Eigentümer über den Umweg der Vorpacht praktisch zeitlich unbegrenzt an die Bezugsrechte des Produzenten/Lieferanten gebunden.

Dennoch ist ein Pacht- oder Mieteintrittsrecht für den Produzenten/Lieferanten nicht unerheblich: auf diese Weise kann er, wenn er sein Eintrittsrecht ausübt, einen eigenen Unterpächter bzw. Nachfolgepächter suchen, der bereit ist, eine Bezugsverpflichtung einzugehen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass er sich die Möglichkeit zur Unterverpachtung an einen Betreiber/Abnehmer in dem Eintrittsrecht vorbehalten hat.

¹⁵⁹ BGHZ 78, 248 mit Anm. Hiddemann, LM AbzG § 1 c Nr. 3; BGH NJW-RR 1992, 593

¹⁶⁰ Vgl. BGH vom 8. 4. 1987, VIII ZR 138/86, nicht veröffentlicht

¹⁶¹ BGH WM 1988, 92

III. Zusammenfassung

Für die Gewährung von Zusatzleistungen im Gegenzug für eine Bezugsverpflichtung kommen zahlreiche Gestaltungen wie Darlehen, Inventargestellungen, die Verpachtung des Absatzobjekts, Franchise usw. in Betracht. In Zusammenhang mit den vertraglich vereinbarten Warenbezügen bilden diese Verträge eine Kombination von Vertragstypen. Je nach Vertragsteil sind die ihn betreffenden Rechtsvorschriften anzuwenden, wenn der Vertrag keine davon abweichenden Bestimmungen enthält.

Diese zusätzlichen Gegenleistungen des Produzenten/Lieferanten prägen das gesamte Vertragsverhältnis zum Abnehmer maßgeblich. Sie stellen in der Regel einen weiteren Grund für die Einstufung dieser Verträge als Dauerschuldverhältnisse dar.

Außerdem rechtfertigt gerade das Gewicht der einzelnen Gegenleistung grundsätzlich die längerfristige Bezugsbindung des Abnehmers. Diese Gegenleistung ist bei der Prüfung eines Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung im Rahmen des § 138 BGB maßgeblich mit zu berücksichtigen, wobei es sich verbietet, schematische Lösungen vorzugeben. Es kommt bei der Beurteilung, ob sich die Leistung zur Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis befinden, immer auf den jeweiligen Einzelfall an.

Hierbei ist besonders zu berücksichtigen, dass der Produzent/Lieferant mit seiner (u. U. erheblichen) Gegenleistung in Vorlage geht. Erst die im Laufe der Zeit sukzessiv abgefragten, gelieferten und schließlich bezahlten Warenbezüge rechtfertigen dieses Engagement des Lieferanten wirtschaftlich. Im ungünstigsten Falle erfolgt die Amortisation erst zum Ende der Laufzeit des Vertrages. Allerdings geht das Gewicht der Gegenleistung nicht so weit, dass der Lieferant damit eine Beteiligung an dem Unternehmerrisiko des Abnehmers übernimmt; das wirtschaftliche Risiko seines Absatzgeschäfts trägt der Abnehmer grundsätzlich allein.

Die gegenseitige Abhängigkeit der Sukzessivlieferungen zur Gegenleistung ist prägnant. Man wird daher zu Recht sagen, dass die Vertragsparteien in der Regel keinen Vertragsbestandteil ohne den jeweils anderen Teil abgeschlossen hätten. Derartige Sukzessivlieferungsverträge sind daher als einheitliche Verträge zu werten. Das hat zur Folge, dass evtl. Unwirksamkeitsgründe auf den gesamten Vertrag durchschlagen. Der einheitliche Charakter eines solchen kombinierten Sukzessivlieferungsvertrages führt außerdem dazu, dass man sich durch eine vorzeitige Tilgung oder Rückgabe der Gegenleistung nicht automatisch von der Bezugsverpflichtung befreien kann.

D. Zum Abschluss eines Sukzessivlieferungsvertrages

Wesentliche Fragen und damit Rechtsstreitigkeiten, die die Rechtsprechung zum langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag beschäftigen, haben ihren Ursprung im Vertragsbeginn. Hierzu zählen vorvertragliche Aufklärungspflichten, das Erfordernis von Widerrufsbelehrungen und sonstige Formerfordernisse. Obgleich sich die Konsequenzen von Fehlern in diesen Bereichen erst während der Vertragsabwicklung erweisen, werden sie im Keim bei der Aufnahme und dem Abschluss derartiger Verträge angelegt.

I. Vorvertragliche Aufklärungspflichten

Da der Abnehmer im Bereich der Sukzessivlieferungsverträge mit einer Bezugsbindung in der Regel die Hoffnung auf ein rentables Geschäft verbindet, stellt sich die Frage, ob der Produzent/Lieferant im Stadium der Vertragsanbahnung verschärften und umfassenden Aufklärungspflichten unterliegt. Diese Frage ist erst recht zu stellen, wenn die eingegangene Bezugsverpflichtung des Abnehmers und die damit verbundene, vom Produzenten/Lieferanten erhaltene Gegenleistung für die Gründung und den Betrieb der Absatzstätte von ausschlaggebender Bedeutung sind.

I. 1. Die Rechtslage vor der Schuldrechtsreform

Erstaunlicherweise finden sich in einschlägigen Monographien zu vorvertraglichen Pflichten bei Sukzessivlieferungsverträgen keine Ausführungen¹⁶². Bei der Vereinbarung einer lang andauernden Bezugsbindung ist jedoch insbesondere für unerfahrene Abnehmer eine gewisse Obhuts- und Offenbarungspflicht des Vertragspartners zu statuieren. Denn die Bezugsverpflichtung stellt für das Absatzobjekt ein wesentliches Element dar, das seine Ertragskraft nachhaltig beeinflusst. In der Rechtsprechung wurde hierzu der Grundsatz aufgestellt, dass Umsatz- und Ertragsangaben für sich keine zusicherungsfähigen Eigenschaften eines Betriebs sind, wenn sie sich nicht über einen längeren, mehrjährigen Zeitraum erstrecken und deshalb keinen verlässlichen Anhalt für die Bewertung der Ertragsfähigkeit geben können¹⁶³. Dasselbe gilt für den Warenabsatz einer Gaststätte¹⁶⁴.

¹⁶² Nicht nur bei älteren Arbeiten wie die v. Gierke (JherJb 64, 355 ff.) oder Hueck fehlen hierzu Ausführungen; weder bei Sauter (1984) noch bei v. Scheven (1984) wird in ihren Arbeiten zum Sukzessivlieferungsvertrag auf vorvertragliche Pflichten eingegangen

¹⁶³ BGH WM 1988, 1702

¹⁶⁴ BGH BB 1990, 1912

Obwohl das ursprüngliche BGB keine Anhaltspunkte zu generellen vorvertraglichen Pflichten enthielt, wurde im Laufe der Jahre anerkannter Weise unter dem Begriff der „culpa in contrahendo“ ein vorvertragliches Haftungssystem entwickelt. Mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen entstand ein „vorvertragliches Vertrauensverhältnis“, das auch von der Rechtsprechung anerkannt wurde¹⁶⁵. Nachdem zunächst § 242 BGB in Verbindung mit der analogen Anwendung von §§ 122, 179, 307, 309 BGB a. F. als Rechtsgrundlage für diesen Tatbestand angenommen wurde¹⁶⁶, erkannte der Gesetzgeber ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis mit der Einführung des § 11 Nr. 7, letzter Halbsatz AGBG¹⁶⁷ an.

Zu den im Rahmen eines solchen vorvertraglichen Schuldverhältnisses einzuhaltenden Obliegenheiten zählen insbesondere Informationspflichten¹⁶⁸. So besteht insbesondere bei Verhandlungen zu einem Franchisevertrag, mittels dessen der Abnehmer in eine etablierte Vertriebsorganisation integriert wird, ein entsprechendes vorvertragliches Vertrauensverhältnis. Der Franchisegeber hat hier also die Pflicht, seinen potentiellen Vertragspartner über die näheren Umstände des Franchisegeschäfts aufzuklären und ggf. für unrichtige Informationen die Haftung zu übernehmen¹⁶⁹.

Im Bereich des Franchise gibt es daher einige Entscheidungen, die den Eindruck erwecken, als ob der Vertragspartner verpflichtet sei, dem Abnehmer zutreffende und vollständige Rentabilitätsberechnungen für das Geschäft zur Verfügung zu stellen¹⁷⁰. Diese Rechtsprechung bedeutet für den Franchisebereich eine wesentliche Entwicklung, die eine gewisse Aufklärungs- und Obhutspflicht für den Franchisegeber feststellt. Allerdings heißt dies nicht, dass der Franchisegeber Rentabilitätsgarantien für die Absatzstätte abzugeben habe¹⁷¹. Im Schrifttum wird die Meinung vertreten, dass die Grenze zur fehlerhaften Information dann überschritten sei, wenn ein Franchisegeber sein System erfolgreicher darstellt, als es tatsächlich ist¹⁷².

Teilweise wird im Franchisebereich gefordert, die Angaben des Franchisegebers an der Qualität haftungsbegründender Prospektaussagen zu messen, wie sie z. B. bei der Publikums-KG oder in Bauherren-Modellen etabliert sind¹⁷³. Einer dem

¹⁶⁵ Vgl. nur BGH NJW 1979, 1983

¹⁶⁶ Erman/Battes, § 276, Rz. 112; Fikentscher Rz. 70; Larenz I, S. 107

¹⁶⁷ Diese Regelung wurde 2002 so nicht in den neuen § 309 Nr. 7 BGB aufgenommen, da die dort statuierten Pflichtverletzungen auch in einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis i. S. d. neuen § 311 II BGB vorkommen können.

¹⁶⁸ BGH ZIP 1987, 35; Esser/Schmidt, S. 146; Fikentscher Rz. 74; Martinek S. 85

¹⁶⁹ BGH DB 1987, 735; Martinek/Semler, § 19, 1 f.

¹⁷⁰ OLG München BB 1987, 685; OLG München NJW 1994, 667

¹⁷¹ Flohr, S. 10; umfassend zu (verschärften) Informationspflichten im Franchisegeschäft in ausländischen Staaten: Erdmann, RIW 1997, 822

¹⁷² Flohr, 10 f.; Böhner NJW 1994, 635 f.; vom Dorp WiB 1995, 285 f.; Flohr WiB 1996, 1137 ff.

¹⁷³ Abgeleitet aus UNIDROIT 2001, Study Law LXV III – Doc. 30 (in: www.Unidroit.org Model Franchise disclosure law); vgl. auch Böhner NJW 1994, 636

potentiellen Franchisenehmer vorvertraglich überreichten Kosten-, Liquiditäts- und Rentabilitätsplanung könnte daher der Charakter einer haftungsbegründenden Prospektaussage zugemessen werden.

Die Übernahme dieser Kriterien für den Franchisebereich ist jedoch abzulehnen¹⁷⁴, da beide Sachverhalte nicht miteinander vergleichbar sind. Der Erfolg eines Franchisenehmers hängt weitgehend nicht nur von der allgemeinen Marktlage, sondern auch vom Einsatz und der Tüchtigkeit des Franchisenehmers ab. Eine vorab überreichte Planung beinhaltet darüber hinaus in der Regel nur eine für alle Franchisenehmer geltende Musterplanung ohne Aussagekraft für die individuelle Absatzstätte. Jeder Franchisenehmer muss daher anlässlich der überreichten Musterplanung selbst seine eigenen Einnahmen und Aufwendungen abschätzen, um die Chancen- und Risikoverteilung für sein eigenes Geschäft zu beurteilen.

Die grundsätzlich anerkannte Aufklärungs- und Obhutspflicht dürfte auch in anderen Vertriebsbereichen als dem Franchisebereich zu bejahen sein. Allerdings ist nicht jeder Sukzessivlieferungsvertrag wie ein Franchisevertrag in eine Vertriebsorganisation mit einer entsprechenden Datenfülle integriert. Aussagen über Umsätze müssen jedoch dann, wenn sie für den Entschluss des Abnehmers von Bedeutung sind, richtig sein¹⁷⁵. Ist das nicht der Fall, so war seinerzeit ein Anspruch gegen den Produzenten/Lieferanten aus den Grundsätzen der culpa in contrahendo naheliegend¹⁷⁶.

Es kommt also darauf an, wie stark die betreffende Absatzstätte in die Absatzorganisation des Produzenten/Lieferanten eingebettet ist. Wird dem Abnehmer lediglich ein Darlehen gegen eine Bezugsbindung zur Verfügung gestellt, das er für Investitionen eigenverantwortlich verbraucht, und hat der Produzent/Lieferant als Darlehensgeber keine wesentlichen Informationen zu dieser Absatzstätte, kann man ihm auch nicht Explorationspflichten bzgl. der Rentabilität des Objekts auflasten¹⁷⁷. Stellt er allerdings dem potentiellen Vertragspartner Daten zur Absatzstätte zur Verfügung, müssen diese zutreffend sein. Das gilt erst recht, wenn es sich um ein Existenzgründungsdarlehen handelt.

Umgekehrt besteht natürlich auch für den Abnehmer eine entsprechende Aufklärungspflicht seines Vertragspartners z. B. bzgl. seiner beruflichen Qualifikation oder seiner finanziellen Kapazitäten.

¹⁷⁴ OLG München BB 2001, 1759

¹⁷⁵ BGH WM 1988, 96

¹⁷⁶ BGH NJW 1970, 655

¹⁷⁷ Böhner NJW 1994, 636; im Rahmen von Pachtverträgen auch mit der EOP-Berechnungsmethode abzulehnen, vgl. oben Kap. C II 4.1.

I. 2. Die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform

Das vorvertragliche Vertrauensverhältnis ist seit dem 1. 1. 2002 mit den neu eingeführten §§ 241 II, 311 II BGB als eigenständiges Schuldverhältnis nun auch gesetzlich etabliert. Da das neue BGB insofern lediglich das bis dahin von der Rechtsprechung etablierte Institut der culpa in contrahendo kodifiziert hat, nicht jedoch den Inhalt und den Umfang der sich daraus ergebenden Pflichten bestimmt, kann die Rechtsprechung zur c.i.c. auch zum § 311 II BGB hinzugezogen werden. Die neue Regelung bringt sachlich keine Änderungen¹⁷⁸. Werden derartige vorvertragliche Pflichten verletzt, so ist ein Schadensersatzanspruch nunmehr nach §§ 280 I, 241 II, 311 II BGB begründet.

II. Widerrufsrechte

Schon lange gibt es grundsätzliche Diskussionen in der Rechtswissenschaft über das Spannungsverhältnis zwischen der Vertragsfreiheit und der Privatautonomie einerseits und dem Schutz unterlegener Vertragsparteien andererseits. So lange Vertragsparteien ein etwa gleiches Verhandlungsgewicht aufweisen, werden ihre Vereinbarungen einen angemessenen Interessenausgleich darstellen. Wirtschaftlich unterlegene Vertragsparteien, die keinen besonderen Schutz genießen, wären dem Willen und damit der Fremdbestimmung der wirtschaftlich stärkeren Partei ausgesetzt¹⁷⁹. Neben Arbeitnehmern und Wohnungsmietern ist hier insbesondere die privaten Verbraucherschaft als schutzbedürftige Gruppe identifiziert worden¹⁸⁰.

Ein solches Spannungsfeld besteht auch bei den hier beschriebenen Sukzessivlieferungsverträgen und den Widerrufsrechten. Welche Wege der Verbraucherschutz in Deutschland gegangen ist, lässt sich an der Einführung und Veränderungen dieser Widerrufsrechte sehr gut nachvollziehen. Hier soll vor allen Dingen die Entwicklung der Position der Abnehmer und ihr Recht zum Widerruf herausgearbeitet werden. Deswegen greift die Darstellung auf eines der ältesten Verbraucherschutzgesetzes, dem AbzG, zurück, bevor auf die weitere Entwicklung eingegangen wird.

Das aus dem Jahr 1894 stammende, zuletzt 1976 geänderte AbzG ist heute nicht mehr gültig, es wurde 1991 es von dem VerbrKrG abgelöst. Dennoch war das AbzG

¹⁷⁸ Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung, S. 374; BT-Drucksache 14/6040, S. 161 ff.; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 311 Rz. 12; vgl. auch Wetzels, ZRP 2001, 125

¹⁷⁹ Grundsätzlich ist ein Schutz für diese wirtschaftlich Schwachen heute weitgehend unbestritten, vgl. Larenz/Wolf, § 42, Rz. 2 ff.

¹⁸⁰ Vgl. Reich JZ 1975, 550 ff.; die Diskussion darüber hält bis heute an, vgl. Adomeit NJW 2004, 579 ff. und Derleder, NJW 2004 Heft 15, S. XVI

in der zuletzt verabschiedeten Form Vorreiter für das VerbrKrG und zahlreicher anderer Verbraucherschutzgesetze, die mittlerweile in Kraft getreten sind.

II. 1. Das Widerrufsrecht nach dem AbzG

Eine besondere Bedeutung hatte insbesondere das am 1. 10. 1974 in das AbzG eingeführte Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers. Sein großes Gewicht entfaltete es nicht zuletzt auch bei Sukzessivlieferungsverträgen, die zudem noch mit einer Gegenleistung wie einem Darlehen verbunden waren. Daher wäre eine Untersuchung zu diesen Verträgen nicht vollständig ohne auf die seinerzeitige Rechtsprechung zum Widerrufsrecht und zur Widerrufsbelehrung nach dem AbzG zurück zu blicken. Es finden sich dort bereits zahlreiche Ansätze für die Verbraucherschutzgesetzgebung und –rechtsprechung, die bis heute nachwirken.

II 1. 1. Der Anwendungsbereich des AbzG

Das zuletzt 1976 geänderten AbzG warf die Frage auf, ob die Abnehmer von Waren aus abgeschlossenen Sukzessivlieferungsverträgen persönlich bzw. sachlich in den Geltungsbereich des AbzG einzubeziehen seien.

- Der persönliche Anwendungsbereich des AbzG

Den Begriff des Verbrauchers im Sinne des § 13 BGB gab es 1976 noch nicht. § 8 AbzG exkludierte lediglich die im Handelsregister eingetragenen Kaufleute von den Rechten des AbzG¹⁸¹. Die Eintragung in das Handelsregister war dabei konstitutiv, d. h. es kam hierbei auf den tatsächlichen Umfang der kaufmännischen Tätigkeit nicht an¹⁸². Ebenso wenig kam es darauf an, mit welcher Art einer Kaufmannstätigkeit der Abnehmer in das Handelsregister eingetragen war, selbst wenn sie mit seiner Absatztätigkeit aus einem Sukzessivlieferungsvertrag nicht zusammen hing¹⁸³.

Damit gab es damit zwar ein eindeutiges Abgrenzungskriterium, wer dem AbzG unterlag und wer nicht. Allerdings führte es zu teilweise unbefriedigenden

¹⁸¹ BGH WM 1987, 365; BGH ZIP 1992, 1573; § 38 I ZPO a. F. schützte damalige „Minder“-Kaufleute gemäß § 4 HGB a. F. vor Gerichtsstandvereinbarungen; auch § 24 AGBG a. F. bezog sich nur auf die Unterscheidung Kaufmann/Nichtkaufmann.

¹⁸² BGH WM 1987, 365, mit Anmerkung Löwe EWiR 1987, 309; BGH ZIP 1992, 1573, mit Anmerkung von Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101; Baltes, S. 81

¹⁸³ OLG Frankfurt GRUR 1979, 71; MüKo-Westermann, 2. Aufl., § 8 AbzG, Rz. 5

Ergebnissen: Ein noch im Handelsregister eingetragener, aber auf den Status eines Minderkaufmanns reduzierter Gewerbetreibender kam nicht in den Genuss der Verbraucherrechte des AbzG. Ein selbständiger Gewerbetreibender hingegen, der es - aus welchen Gründen auch immer - versäumt hatte, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen, aber ein vollkaufmännisches Gewerbe betrieb, konnte sich immer auf die Rechte aus dem AbzG berufen. Dieses starre Festhalten an der Eintragung in das Handelsregister hatte angesichts des klaren Wortlauts des § 8 AbzG als Kriterium Bestand bis zur Abschaffung des AbzG. Die Neuregelung des VerbrKrG mit der Unterscheidung in „Verbraucher“ und „Unternehmer“ versuchte diesen Konflikt daher zu entschärfen¹⁸⁴.

- Der sachliche Anwendungsbereich des AbzG

Des weiteren stellte sich die Frage, ob das AbzG in der Sache auch auf Sukzessivlieferungsverträge anzuwenden sei. Der BGH hat dies im Hinblick auf den Wortlaut des § 1 c Nr. 3 AbzG, die Entstehungsgeschichte und den rechtspolitischen Zweck dieser Regelung bejaht und daran in ständiger Rechtsprechung festgehalten¹⁸⁵. Erstaunlicherweise spielte die Unterscheidung in „unechte“ und „echte“ Sukzessivlieferungsverträge¹⁸⁶ keine Rolle, obwohl für die letztgenannten Verträge eher § 1 c Nr. 1 AbzG heranzuziehen gewesen wäre.

Bei diesen Entscheidungen spielten die Erwägungen, dem gewerblichen, aber nicht im Handelsregister eingetragenen Abnehmer ein zeitlich begrenztes Widerrufsrecht wie bei einem finanzierten Abzahlungskauf (§ 1 b AbzG) zuzubilligen und dieses auf Verträge mit langer Laufzeit und erheblichen finanziellen Belastungen auszudehnen, eine wesentliche Rolle. Deutlich wurde dies in einem Fall, den der BGH 1980¹⁸⁷ entschied: In einem Zwangsversteigerungstermin für ein Grundstück mit Absatzstätte hatten rechtlich nicht beratene Interessenten auf dem Gerichtsflur in einer Verhandlungspause eine entsprechende Verpflichtungserklärung für eine Ausschließlichkeitsbindung unterschrieben, ohne dass die einzelnen Modalitäten bereits ausformuliert waren. Dem Produzenten, der durch die Beifügung einer entsprechenden Widerrufsbelehrung die zeitlich begrenzte Widerrufsfrist in Lauf setzen konnte, wurde diese Frist vom BGH auch in dieser Situation zugemutet, weil dadurch seine schutzwürdigen Interessen nicht unzumutbar beeinträchtigt worden waren. Obwohl das AbzG gemäß § 1 AbzG auf Grundstücksverkäufe keine Anwendung fand¹⁸⁸, unterfielen diese Verträge dem AbzG, da als Gegenleistung für

¹⁸⁴ Vgl. unter D II. 2. 1, D II 4.; interessant ist, dass die Reform von 1974 mit ihrem Widerrufsrecht ursprünglich nur für „überfahrene“ Privatkäufer auf einer „Kaffeefahrt“ bzw. an der Haustür gelten sollte, vgl. zum Gesetzgebungsverfahren Löwe NJW 1974, 2257.

¹⁸⁵ BGHZ 78, 248; BGH WM 1981, 589; BGHZ 97, 127; BGHZ 97, 351; BGH ZIP 1991, 1011; BGH NJW-RR 1992, 593; BGH NJW 1994, 1800, BGH NJW 1997, 933 ff.; Baltes, S. 186; Ott, S. 24 f. spricht von „sämtlichen“ Sukzessivlieferungsverträgen

¹⁸⁶ S. o., Kap. B III, IV

¹⁸⁷ BGHZ 78, 248

¹⁸⁸ BGH DB 1970, 2427

die Stundung eines Kaufpreisteils eine Getränkebezugsverpflichtung vereinbart worden war, § 1c Nr. 3 AbzG¹⁸⁹. Denn es kam hier allein auf die Voraussetzungen des § 1c Nr. 3 AbzG an, nach dem eine Verpflichtung zum wiederkehrenden Bezug von Sachen übernommen werden musste. Der Schutzzweck des AbzG erforderte es hier, auch diesem Grundstückskäufer eine kurze, nachträgliche Überlegungsfrist mit einer Widerrufsmöglichkeit zu geben.

Dagegen ist geltend gemacht worden, dass bei Grundstückskaufverträgen mit einer erforderlichen notariellen Beurkundung eine Informations- und Belehrungspflicht zugunsten des Käufers einhergeht, so dass eine weitere Überlegungsfrist entbehrlich ist¹⁹⁰. Sinn und Zweck des AbzG war es jedoch, dem zu Belehrenden eine „nachträgliche“ Überlegungsfrist zuzugestehen. Diese vermochte eine notarielle Belehrung, die vor dem Vertragsabschluß und in ganz unterschiedlicher Qualität stattfand, nicht zu ersetzen¹⁹¹.

Eine Besonderheit ergab sich bei der Anwendung des AbzG auch dann, wenn die Abnahmeverpflichtung in Zusammenhang mit einem gewährten Darlehen, einer Verpachtung oder einer Vermittlung eines Objekts in einem Vertrag übernommen wurde¹⁹². Denn entscheidend war der Schutzzweck des AbzG. Dieser stellte darauf ab, ob eine u. U. langjährige Bezugsverpflichtung übernommen wurde, selbst wenn auf diesen Vertrag nach seinem Leistungsgegenstand das AbzG nicht anzuwenden war¹⁹³. Entsprechend dieser Rechtsprechung spielte es für den Schutzzweck keine Rolle, wie erheblich die Gegenleistungen für den Bezugsverpflichteten waren oder wie seine persönliche Schutzbedürftigkeit einzuschätzen war¹⁹⁴.

Nicht entschieden hat der BGH folgende Frage: war § 1 c AbzG auch dann anwendbar, wenn der Abnehmer sich zu einem Warenbezug nicht von seinem Vertragspartner, etwa dem Verpächter, sondern von einem Dritten, dem Produzenten/Lieferanten, verpflichtete¹⁹⁵. In diesem Fall erhielt z. B. der Verpächter seinerseits eine Leistung durch den Produzenten/Lieferanten, nicht jedoch der Abnehmer/Pächter selbst. Dennoch hat dies keinen erheblichen Unterschied ausgemacht. Denn der Wortlaut des § 1c Nr. 3 AbzG setzte allein eine Willenserklärung auf den Abschluss eines darin aufgezählten Rechtsgeschäfts voraus. Dass die verpflichteten Waren auch von dem Vertragspartner stammen müssen, stand dort nicht. Für den Schutzzweck des § 1c AbzG war es daher ohne Belang, wem gegenüber sich der Abnehmer zum Warenbezug verpflichtet hatte¹⁹⁶.

¹⁸⁹ BGH ZIP 1986, 510 mit Anmerkung von Paulusch EWiR 1986, 313; BGH NJW 1994, 1800 für einen Darlehensvertrag

¹⁹⁰ Weitnauer JZ 1986, 763

¹⁹¹ BGH ZIP 1980, 1094 mit Anmerkung von Hiddemann, LM AbzG § 1c Nr. 3; BGH NJW-RR 1992, 593

¹⁹² BGH NJW 1994, 1800 mit Anmerkung von Teske, EWiR 1994, 625;

¹⁹³ BGH NJW-RR 1992, 593

¹⁹⁴ BGH NJW-RR 1992, 593

¹⁹⁵ S. o., Kap. C II. 4. 2.

¹⁹⁶ Für diese Ansicht spricht auch BGH ZIP 1990, 103 (dazu Stornel EWiR 1990, 209), in dem auch bei einem Schuldbeitritt zu einem mit einer Bezugsverpflichtung versehenen Pachtvertrag die

- AbzG und Schuldbeitritt

Es stellte sich außerdem die Frage, ob neben dem Bezugsvertrag, der bereits nach abgelaufener Widerrufsfrist bestandskräftig war, ein Schuldbeitritt hierzu wiederum belehrungspflichtig sein sollte. Hierbei handelt es sich um ein häufig auftretendes Problem, da die Produzenten/Lieferanten immer wieder versuchen, neben dem eigentlichen Abnehmer weitere Personen, z. B. Familienangehörige, mit in die Bezugsverpflichtung einzubeziehen¹⁹⁷.

Durch den Schuldbeitritt blieben die ursprünglichen Vertragspartner und damit auch der bisherige Alleinabnehmer an den Vertrag gebunden. Auf der Abnehmerseite trat lediglich ein weiterer Schuldner hinzu. Daraus, dass sich der Beitretende mit seiner Willenserklärung denselben Verpflichtungen zum wiederkehrenden Bezug von Waren unterwarf, entstand bei ihm jedoch ein gleiches Schutzbedürfnis wie bei einem erstmaligen Alleinabschluss. Der BGH unterwarf daher den Schuldbeitritt zu einem nach erfolgter Erst-Widerrufsbelehrung bestandskräftigem Bezugsvertrag gleichfalls dem § 1c AbzG. Das hatte zur Folge, dass der Beitretende ein eigenes Widerrufsrecht erhielt¹⁹⁸. Wurde die ihm zustehende Belehrung gemäß § 1 b II 2 AbzG unterlassen, konnte der Beitretende seine Erklärung noch nach längerer Zeit widerrufen, auch wenn der bisherige Allein-Abnehmer ordnungsgemäß belehrt und der Vertrag nach Ablauf der Widerrufsfrist bestandskräftig wurde¹⁹⁹. Dem ursprünglichen Allein-Abnehmer wurde damit jedoch selbstverständlich nicht erneut die Gelegenheit gegeben, seine Willenserklärung zu widerrufen. Es ging allein um die Willenserklärung des Beitretenden.

Das gleiche galt, wenn der ursprüngliche Allein-Abnehmer als Vollkaufmann gemäß § 8 AbzG nicht dem AbzG unterlag und eine Belehrung deswegen unterblieb. Durch die konsequente Betonung des Schutzzwecks des AbzG wäre ein danach erfolgter Schuldbeitritt eines Nicht-Kaufmanns zu einem derartigen Bezugsvertrag dem AbzG unterworfen worden. Ebenso hätte der Beitretende belehrt werden müssen, wenn der ursprüngliche Bezugsvertrag deswegen nicht mit einer Widerrufsbelehrung versehen worden wäre, weil er vor dem Inkrafttreten des AbzG am 1. 10. 1974 geschlossen worden war.

Das für den Schuldbeitritt Gesagte ist gleichermaßen für die vertragliche Übernahme der Bezugsverpflichtung anwendbar²⁰⁰. Die gleichen Grundsätze hätten auch dann

Anwendung des § 1c AbzG bejaht wurde; BGH NJW-RR 1993, 243; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 948

¹⁹⁷ Vgl. Kap. F II 1., 2.

¹⁹⁸ BGH ZIP 1990, 103; BGH WM 1992, 951; BGH NJW-RR 1993, 243; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 948; Soergel-Hönn, 12. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 8; Ott, S. 29

¹⁹⁹ BGH ZIP 1990, 103;

²⁰⁰ BGH WM 1991, 1675 (dazu Thamm/Detzer, EWiR 1991, 833); BGH NJW-RR 1992, 593; BGH NJW-RR 1993, 243 (dazu Borgmann, EWiR 1993, 31); OLG Düsseldorf, WM 1984, 1220; OLG

gegolten, wenn nicht nur eine kumulative oder befreiende Schuldübernahme stattgefunden hätte, sondern auch dann, wenn ein Dritter in einen bestehenden Belieferungsvertrag etwa als Erwerber einer Absatzstätte mit allen Rechten und Pflichten eingetreten wäre²⁰¹. Dabei machte es keinen Unterschied, ob die Vertragsübernahme als „dreiseitiger Vertrag“ oder als Vereinbarung zwischen zwei Beteiligten mit Zustimmung des Dritten erfolgte²⁰². Ein evtl. Widerruf des neuen Abnehmers wäre dabei gegenüber dem Lieferanten zu erklären gewesen, weil der Übernehmer allein mit ihm und nicht mit dem ausscheidenden Vertragspartner in eine für die Anwendung der §§ 1 c, 1 b AbzG typische Lieferanten-Abnehmer-Beziehung eingetreten wäre²⁰³.

II. 1. 2. Die Widerrufsbelehrung nach dem AbzG

Das Widerrufsrecht stand dem Abzahlungskäufer unabhängig von einer Belehrung über dieses Recht zu²⁰⁴. Welche Bedeutung kam dann der Widerrufsbelehrung zu? Dem Gesetzgeber war diese Belehrung offensichtlich so wichtig, dass er deren Gestaltung detailliert regelte. Dementsprechend wurde die Erteilung der Belehrung als eine Verkäuferpflicht angesehen²⁰⁵, die sogar für eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Willenserklärung des Verkäufers gehalten wurde²⁰⁶. Dem ist nicht zuzustimmen, da der Verkäufer seine Willenserklärung zum Abschluss des Vertrags unbedingt abgab²⁰⁷. Es handelte sich vielmehr um eine an ihn selbst gerichtete Obliegenheit, deren Beachtung seinen eigenen Interessen diente²⁰⁸. Unterblieb eine korrekte Belehrung, wurde die Ein-Wochen-Frist nicht in Gang gesetzt, so dass der Käufer bis zum Ende der Belieferung den Vertrag noch widerrufen konnte, § 1 b II S. 5 AbzG. Es lag also im Interesse des Verkäufers, seinen Kunden korrekt zu belehren. Demzufolge sollte der Verkäufer die einzelnen Erfordernisse der Widerrufsbelehrung peinlich genau einhalten. Obwohl man der Meinung sein könnte, es seien dabei lediglich einige Formalien zu beachten, die keiner großen juristischen Bewertung bedürften, hat sich an der Beachtung gerade

Stuttgart WRP 1986, 119; OLG München NJW-RR 1986, 150; OLG Frankfurt NJW-RR 1989, 1082

²⁰¹ BGH NJW-RR 1993, 562

²⁰² BGH NJW 1985, 2528 (mit Anm. Heinrichs, EWiR 1985, 649); BGH NJW 1986, 918 (mit Anm. Graf v. Westphalen EWiR 1986, 237)

²⁰³ BGH WM 1991, 1675; BGH NJW-RR 1993, 243

²⁰⁴ MüKo-Westermann, 1. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 14, abgeleitet aus § 1 b II S. 5 AbzG

²⁰⁵ Löwe, NJW 1974, 2259

²⁰⁶ MüKo-Westermann, 1. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 7; ansonsten enthält die wesentliche Kommentar- und sonstige Literatur zum AbzG keine Diskussion über die Rechtsnatur der Widerrufsbelehrung

²⁰⁷ Klauss/Ose, Rz. 210

²⁰⁸ Teske, NJW 1991, 2798; abgesehen von dieser vertragsrechtlichen Konsequenz bedeutete die Verwendung einer fehlerhaften bzw. einer unterlassenen Widerrufsbelehrung eine irreführende, wettbewerbsrechtlich relevante und gemäß §§ 3, 1 UWG unerlaubte Handlung, Sack, BB 1987, 1053 bzw. 1055

der inhaltlichen wie formalen Kriterien der Widerrufsbelehrung eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt, die bis heute nachwirkt.

- Die „drucktechnische deutliche Gestaltung“ der Widerrufsbelehrung

Bereits seit 1974 sah § 1 b II 2 AbzG eine Widerrufsbelehrung vor, die „drucktechnisch deutlich gestaltet“ sein musste. Dies setzte voraus, dass sich die Belehrung aus dem übrigen Vertragstext deutlich hervorhob. Der Zweck dieser Hervorhebung war der unmittelbare Hinweis des Käufers auf das ihm zustehende Widerrufsrecht. Um zu gewährleisten, dass dieser Hinweis auch wahrgenommen wurde, sah § 1 b II 3 AbzG zusätzlich vor, dass diese Belehrung separat vom Käufer zu unterschreiben war. Waren diese Voraussetzungen nicht erfüllt und wurde die Widerrufsfrist nicht in Gang gesetzt, blieb der Vertrag bis zur vollständigen Erfüllung schwebend unwirksam²⁰⁹.

Eine solche Hervorhebung konnte durch verschiedene Mittel erreicht werden, etwa durch Farbdruck, Verwendung verschiedener Drucktypen als im eigentlichen Vertragstext, oder durch Unterstreichungen oder Umrahmungen des Belehrungstextes²¹⁰. So wurde z. B. die Belehrung dadurch „hervorgehoben“, dass eine deutlich kleinere Drucktype als der eigentliche Vertragstext gewählt wurde. Diese Verfahrensweise fand zu Recht nicht die Zustimmung der Rechtsprechung²¹¹. Fügt der Verwender die Belehrung harmonisch und kaum auffällig in das optische Bild des gesamten Vertragstextes an, fehlte es ebenfalls an einer drucktechnischen Hervorhebung²¹². Ein durchgezogener Strich über der Widerrufsbelehrung ist sicher ein geeignetes Mittel, um diese vom übrigen Vertragstext abzugrenzen. Diese Wirkung wird aber aufgehoben, wenn im Vertrag mehrere Textteile mit durchgezogenen Strichen von anderen Teilen abgegrenzt werden²¹³.

Wurde die Widerrufsbelehrung dagegen auf einem separaten, mit der übrigen Vertragsurkunde verbundenen Blatt mit einem auffälligen Druckbild erteilt, durfte diese Art der Hervorhebung als ausreichend betrachtet werden. Denn neben der drucktechnischen Hervorhebung betonte auch die räumliche Trennung der Widerrufsbelehrung vom übrigen Vertragstext diese besonders nachdrücklich²¹⁴.

²⁰⁹ BGHZ 97, 351; BGHZ 109, 319; BGHZ 119, 294 f.; Löwe, NJW 1974, 2259; MüKo-Westermann, 1. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 10; Klauss/Ose, Rz. 300 halten nur für erforderlich, dass die Belehrung nicht im „Kleingedruckten“ versteckt wird.

²¹⁰ Vgl. OLG Stuttgart NJW 1992, 3245 (mit Anm. von Teske, EWiR 1993, 89)

²¹¹ BGH NJW-RR 1990, 368; OLG Naumburg NJW-RR 1994, 337

²¹² BGH NJW 1994, 1800

²¹³ Vgl. LG Berlin NJW 1977, 254

²¹⁴ OLG Stuttgart NJW 1992, 3245 (mit Anm. Teske, EWiR 1993, 89) vgl. auch Löwe, BB 1986, 1734;

- Die gesonderte Unterschrift

Die Widerrufsbelehrung musste der Käufer gem. § 1 b II 3, 4 AbzG „gesondert“, also separat vom eigentlichen Vertrag unterschreiben. Der Zweck der Belehrung, den Käufer auf sein Widerrufsrecht hinzuweisen, brachte es mit sich, dass sich diese Unterschrift allein auf diese Belehrung und auf keine sonstigen Inhalte beziehen durfte²¹⁵. Nur so ließen sich Aufweichungstendenzen und Abgrenzungsschwierigkeiten verhindern. Ein über die Belehrung hinausgehender weiterer Inhalt, der von der Unterschrift mit umfasst wurde, nahm dieser den Charakter einer „gesonderten“ Unterschrift.

So war über den Fall zu entscheiden, dass der Text der Widerrufsbelehrung neben der reinen Belehrung zugleich eine Bestätigung der Aushändigung einer Vertragsabschrift sowie der Belehrung enthielt. Dieses Verfahren wurde gewählt, um zugleich den erforderlichen Nachweis zu führen, dass der Käufer belehrt wurde, § 1 b II 4 AbzG²¹⁶. Diese zusätzliche Bestätigung entwertete jedoch die „gesonderte“ Unterschrift²¹⁷. Nur Ergänzungen, die für das Verständnis des Inhalts der Widerrufsbelehrung maßgeblich waren, waren zulässig²¹⁸.

Die Widerrufsbelehrung musste auch den, bzw. die Widerrufsberechtigten eindeutig und deren gesonderte Unterschrift(-en) erkennen lassen. Wurden in einem mit zwei Abnehmern zusammen vereinbarten Vertrag beide als „Kunde“ bezeichnet, und wurde in der Belehrung niedergelegt, die Vertragserklärung „des Kunden“ werde erst wirksam, wenn „er“ nicht binnen einer Woche widerrufe, genügte diese Belehrung bei einer Mehrzahl von Vertragspartnern nicht²¹⁹. Hier bedurfte es der Belehrung jedes einzelnen Abnehmers und dessen jeweiliger gesonderter Unterschrift.

- Die inhaltliche Gestaltung der Widerrufsbelehrung

Inhaltlich sollte die Widerrufsbelehrung den Käufer unmissverständlich, klar und eindeutig über sein Recht zum Widerruf informieren²²⁰. Inhaltliche Vorgaben hierzu, wie auf das Recht zum Widerruf hinzuweisen war, machte das AbzG nicht. Nicht beanstandet wurde eine Formulierung, dass die Willenserklärung erst wirksam wird, wenn sie nicht widerrufen wird²²¹.

²¹⁵ BGHZ 119, 296; BGH WM 1993, 1840; BGH NJW 1995, 2290; BGH BB 1996, 1296

²¹⁶ Palandt-Putzo, 50. Auf., § 1 b AbzG, Rz. 15

²¹⁷ BGHZ 119, 283 (mit Anm. Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101); BGH NJW-RR 1993, 562; BGH NJW 1997, 933 ff.; OLG Zweibrücken EWiR 1989, 729; zu § 2 I 3 HWiG auch BGH ZIP 1993, 1552; das führte zu der seltsam anmutenden Konsequenz, dass dem Käufer drei Unterschriften abverlangt wurden: eine unter dem Vertrag, eine weitere unter die Widerrufsbelehrung sowie die dritte für die Bestätigung.

²¹⁸ BGHZ 119, 283; BGH WM 1993, 1840

²¹⁹ OLG Koblenz OLGR 1998, 437 f., sowohl für das AbzG als auch für § 7 II 2 VerbrKrG

²²⁰ BGH NJW 1994, 1800; BGHZ 91, 338; BGH ZIP 1987, 699 (mit Anm. Löwe, EWiR 1987, 309); BGHZ 121, 52 (mit Anm. Habersack EWiR 1993, 301) zu § 2 I 2 HWiG; Bischoff, S. 24

²²¹ BGH WM 1986, 1062 (mit Anm. Teske EWiR 1986, 947)

Auch die Angabe, an wen der Widerruf zu richten war, musste, dem Schutzcharakter des AbzG entsprechend, ohne jeden Zweifel aus der Belehrung ersichtlich sein. Wurde allerdings im Rubrum des Vertrages der Lieferant mit voller Anschrift dargestellt und in der Belehrung dieser dann nur noch mit der im Vertrag benutzten Kurzbezeichnung als Adressat eines evtl. Widerrufs bezeichnet, dann war die Anschrift des Widerrufsempfängers nicht zweifelhaft und insofern zulässig²²². Ebenso war es möglich, als Widerrufsempfänger einen Dritten zu benennen²²³.

Über den Wortlaut der §§ 1 b AbzG²²⁴ hinaus hatte der BGH das Erfordernis aus dem Schutzzweck der Normen und ihrer Entstehungsgeschichte abgeleitet, den Kunden auch über den Beginn der Widerrufsfrist zu belehren. Erst mit dieser Information war der Käufer in der Lage, an Hand der ihm vorliegenden Unterlagen den Fristbeginn ohne weiteres zu erkennen, daraus die Fristdauer zu ersehen und Fehlvorstellungen darüber zu vermeiden²²⁵. Dabei war es ausreichend, das den Fristbeginn auslösende Ereignis, nämlich die Aushändigung der Vertragsurkunde (vgl. §§ 1 b II 2, 1 a II AbzG), in dem Belehrungstext als solches eindeutig zu benennen. Konkrete Tagesdaten (Kalender- oder Wochentag) brauchten nicht genannt zu werden. Auch über den Inhalt der §§ 187 I, 188 II BGB war nicht zu belehren. Wurden in der Belehrung dennoch hierzu nähere Angaben gemacht, mussten sie rechtlich zutreffend sein und durften nicht zu irgendwelchen Missverständnissen Anlass geben.

Eine Belehrung, die Widerrufsfrist beginne „ab heute“ als Tag der Aushändigung der Vertragsurkunde, führte zu einem irrigen Verständnis, dieser Tag würde bei der Berechnung der Wochenfrist wie bei § 187 II BGB mitgezählt. Die Widerrufsfrist begann dagegen gemäß § 187 I BGB erst mit dem auf die Aushändigung der Vertragsurkunde folgenden Tag, vgl. § 188 II BGB, so dass diese Bezeichnung unzulässig war²²⁶. Weiterhin musste nach § 1 b II 2, 1 AbzG die Widerrufsbelehrung zwingend den Hinweis enthalten, dass zur Fristwahrung die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügte. Nur mit diesem Hinweis konnte die Widerrufsfrist wirksam in Gang gesetzt werden²²⁷.

II. 1. 3. Die Folgen einer unterlassenen bzw. fehlerhaften Widerrufsbelehrung

Wurde eine Widerrufsbelehrung versäumt oder ein Kunde nicht ordnungsgemäß belehrt, standen die Vertragspartner dieser Kunden, die Produzenten/Lieferanten,

²²² OLG Frankfurt GRUR 1989, 71 f.

²²³ Bischoff, S. 24; Ott, S. 53;

²²⁴ Wie auch über den Wortlaut der späteren §§ 2 HWiG, 7 VerbrKrG hinaus

²²⁵ BGH WM 1993, 589; BGH NJW 1994, 1800; Klauss/Ose, Rz. 299

²²⁶ BGH NJW 1994, 1800; a. A. OLG Frankfurt WM 1991, 941

²²⁷ BGH WM 1990, 614 (mit Anm. Nieder EWiR 1990, 505); BGH NJW-RR 1993, 562

vor der Frage, ob diese Belehrung nachgeholt und der Mangel somit geheilt werden könne, oder ob der gesamte Vertrag neu abzuschließen sei. Die Alternative eines Verzichts des Kunden auf die Widerrufsbelehrung oder sein Widerrufsrecht war im Hinblick auf § 1 b VI AbzG unwirksam²²⁸. Da es nur um die Beseitigung der schwebenden Unwirksamkeit der Willenserklärung des Kunden ging, war eine bloße Nachholung der Widerrufsbelehrung von der Rechtsprechung zutreffend als ausreichend erachtet²²⁹. Dabei bedurfte es auch bei der nachgeholten Belehrung einer tatbestandsmäßig vorausgesetzten gesonderten Unterschrift²³⁰. Die Wochenfrist begann erst mit der Unterschrift des Kunden unter die dann korrekte Widerrufsbelehrung, auch wenn der Vertrag bereits geraume Zeit praktiziert wurde.

Fehlte es an einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung oder blieb der Kunde gänzlich unbelehrt, bestand für den Verkäufer/Lieferanten die Gefahr, dass dem Kunden auch noch nach längerer Vertragsdurchführung die Möglichkeit des Widerrufs wegen der Bezugsvereinbarung zustand²³¹. Das Widerrufsrecht erlosch bei einem Sukzessivlieferungsverhältnis erst mit der vollständigen Bezahlung der letzten Teillieferung, § 1b II 5 AbzG²³², also nach vollständiger Abwicklung des Vertrages.

Daraus folgte, dass wegen einer unterlassenen oder fehlerhaften Widerrufsbelehrung der gesamte Vertrag entsprechend § 177 BGB schwebend unwirksam war. Daher konnte für die Zeit der schwebenden Unwirksamkeit weder Erfüllung noch Schadensersatz wegen Nichterfüllung seitens des Produzenten/Verkäufers verlangt werden²³³. Aus diesem Grund waren Widerrufe von derartigen Sukzessivlieferungsverhältnissen auch dann noch zulässig, wenn das Vertragsverhältnis faktisch beendet war und zwischen den Parteien nur noch Abwicklungsansprüche, z. B. Schadensersatz- oder Vertragsstrafansprüche des Lieferanten wegen Minderbezüge streitig waren²³⁴. Da die fehlerhafte Belehrung den Vertrag schwebend unwirksam beließ, konnten dem Lieferanten Ersatzansprüche wegen Nichterfüllung schon allein deswegen nicht zustehen, weil der Abnehmer wegen der permanenten Widerruflichkeit seiner Vertragserklärung nichts schuldete: Ihm konnte die Erfüllung im Rechtssinne nicht „unmöglich“ werden, so dass er sie ebenso wenig „unberechtigt verweigern“ konnte²³⁵.

²²⁸ Ott, S. 51

²²⁹ BGH NJW-RR 1993, 243 (mit Anm. Borgmann, EWiR 1993, 31); MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 34; Soergel-Hönn, 12. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 12

²³⁰ Vgl. dazu LG Zweibrücken WM 1991, 191 m. w. N.; OLG Zweibrücken NJW 1994, 203

²³¹ BGH WM 1983, 317; BGHZ 97, 127; BGHZ 97, 351; BGH ZIP 1991, 1011; BGH NJW-RR 1992, 593; BGHZ 119, 283; BGH NJW-RR 1993, 128; MüKo-Westermann, 1. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 11

²³² BGH ZIP 1990, 103 (dazu Anm. Sternel, EWiR 1990, 209); zur Erfüllung durch Zahlung einer Abstandssumme, OLG Hamm NJW-RR 1990, 312; Bischoff, S. 22; Klauss/Ose, Rz. 304; Ott, S. 52

²³³ BGHZ 119, 283 (mit Anm. von Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101); BGH NJW-RR 1993, 243 (mit Anm. Borgmann EWiR, 1993, 31); BGH NJW-RR 1993, 128; BGH NJW 1994, 1800 (mit Anm. Teske, EWiR 1994, 625); Ollmann, WM 1992, 2008

²³⁴ OLG Frankfurt EWiR 1993, 729, Revision hierzu nicht angenommen vom BGH, Beschluss vom 27.4.1994, VIII ZR 124/93 (unveröffentlicht)

²³⁵ BGHZ 109, 314 (vgl. dazu Sternel, EWiR 1990, 209); obwohl die Schutzbedürftigkeit des

II. 1. 4. Ausübung des Widerrufs nach dem Abzahlungsgesetz

Die Produzenten/Lieferanten hegten mit dem Vertragsabschluss die Erwartung, dass der Vertrag nach Ablauf der einwöchigen Widerrufsfrist bestandskräftig würde. Daher wurden häufig bereits während der Widerrufsfrist Geschäfte getätigt oder vorbereitet: Der Abnehmer erhielt z. B. bereits eine Erstausrüstung, ein als Gegenleistung vereinbartes Darlehen wurde bereits ausgezahlt, oder ein mit dem Absatzvertrag verpachtetes Objekt wurde bereits an den Abnehmer übergeben. Widerrief der Abnehmer dann jedoch seine Willenserklärung, entstand bzgl. der Ausübung des Widerrufsrechts erheblicher Klärungsbedarf durch die Rechtsprechung, da der Vertragspartner häufig damit nicht einverstanden war.

Bei der Erklärung des Widerrufs entsprechend stellte sich die Frage, welchen Rechtscharakter diese Erklärung hat: dem einen war sie eine echte Willenserklärung²³⁶, anderen ein besonderes Gestaltungsrecht²³⁷, wieder anderen eine bloße Rechtshandlung²³⁸ bzw. eine neuartige Rechtsbedingung²³⁹. Eine bürgerlichrechtliche Willenserklärung schied aus, da der Widerruf zur Fristwahrung entgegen § 130 BGB bereits mit der Absendung wirksam wurde, § 1 b II S. 1 AbzG. Dagegen war klar: Unterblieb der Widerruf, trat der Vertrag nach Ablauf der Widerrufsfrist voll in Kraft, es entfiel die bis dahin geltende schwebende Unwirksamkeit. Damit erfüllte dieser Eintritt die Voraussetzungen einer aufschiebenden (Rechts-) Bedingung im Sinne des § 158 I BGB²⁴⁰. Wurde der Widerruf ausgeübt, handelte es sich um die Realisierung eines Gestaltungsrechts, d. h. um ein subjektives Privatrecht, das zur einseitigen Gestaltung einer konkreten Rechtsbeziehung ausgeübt werden kann²⁴¹. Der Abnehmer gestaltete also aktiv mit seinem Widerruf das bis dahin schwebend unwirksame Geschäft in ein endgültig unwirksames Geschäft um, auch wenn noch Rückabwicklungsfolgen auftreten konnten²⁴². Einigkeit herrschte darüber, dass auf den Widerruf die Regeln für Rechtsgeschäfte angewendet werden²⁴³.

- Vorgaben an die Widerrufserklärung

Bereits die Wortwahl des Widerrufenden war häufig Gegenstand der Rechtsprechung. Machte ein Abnehmer von seinem Widerrufsrecht Gebrauch, war die Benutzung des Wortes „Widerruf“ nach allgemeiner Ansicht nicht erforderlich. Es

Abnehmers bei der Abgabe einer langfristig wirkenden Willenserklärung hier naturgemäß nicht mehr im Vordergrund stehen konnte

²³⁶ Soergel-Hönn, 12. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 14; Ollmann, WM 1992, 2006

²³⁷ Klaus/Ose, § 1 b AbzG, Rz. 279; Löwe NJW 1974, 2259

²³⁸ Erman/Weitnauer/Klingsporn, 8. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 9

²³⁹ Bischoff, S. 19

²⁴⁰ MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG Rz. 11;

²⁴¹ Bischoff, S. 15; Seckel, S. 205

²⁴² MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG Rz. 11

²⁴³ Erman/Weitnauer/Klingsporn, 8. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 10; Müko-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 11

kam darauf an, dass der Widerrufende deutlich zum Ausdruck brachte, dass er seine Vertragserklärung nicht mehr gelten lassen wollte²⁴⁴. Daher waren auch benutzte Begriffe wie „Kündigung“ oder „Rücktritt“ als Widerrufsübung zulässig, auch wenn es sich sachlich nicht um eine Kündigung oder einen Rücktritt handelte²⁴⁵. Ebenso kam es auf die Motivation des Widerrufenden, warum er den Widerruf ausübte, nicht an²⁴⁶.

Trotz des Wortlauts des § 1 b I AbzG, der einen „schriftlichen“ Widerruf erforderte, wurde darunter nicht die Schriftlichkeit im Sinne des § 126 BGB verstanden. Nach den Vertretern dieser Auffassung käme es darauf an, dass der Widerruf schriftlich verkörpert sei, eine Unterschrift wäre nicht erforderlich²⁴⁷. Dem kann nicht beigelegt werden, die Schriftform des § 126 BGB blieb hier erforderlich²⁴⁸. Denn wenn das Gesetz den betreffenden Vertragsabschluss im vorherigen Paragraphen, nämlich in § 1 a I AbzG, der Schriftform im Sinne des § 126 BGB unterstellt²⁴⁹, war es aus dem Wortlaut und der Systematik nicht ersichtlich, warum auf dieses Erfordernis beim Widerruf des Abnehmers verzichtet werden sollte. Außerdem war es trotz auseinander gehender Meinungen zur Rechtsnatur des Widerrufs allgemeine Auffassung, dass im übrigen die rechtsgeschäftlichen Regeln auch für den Widerruf anzuwenden waren²⁵⁰. Dies musste dann auch für eine gesetzlich vorgesehene Schriftform des Widerrufs gelten. Dass die §§ 1 a und 1 b AbzG die Schriftform sprachlich unterschiedlich einfordern, widerspricht dem Erfordernis, § 126 BGB anzuwenden, nicht. Auch das BGB sieht die Schriftform des § 126 BGB in den Einzelfällen nicht mit einer einheitlichen Formulierung vor, vgl. nur z. B. die §§ 32 II, 368, 766 BGB. Dieses Ergebnis, dass auch der Widerruf entsprechend § 126 BGB auszuüben war, deckte sich auch mit den Erfordernissen des Verbraucherschutzes: nicht nur der Lieferant hat einen Anspruch auf Gewissheit, ob ein Geschäft wirksam oder widerrufen wird, auch der Kunde braucht diese Sicherheit.

An den äußeren Rahmen eines Widerrufs wurde im Sinne des Verbraucherschutzes keine zu strengen Anforderungen gestellt. Auch eine entsprechende Klageerhebung²⁵¹ oder die Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht konnte als Widerruf angesehen werden²⁵².

²⁴⁴ BGH WM 1991, 1675 (vgl. Anm. Thamm/Detzer, EWIR 1991, 833); BGH NJW 1993, 128

²⁴⁵ BGH WM 1986, 480 (mit Anm. Graf v. Westphalen, EWIR 1986, 315); BGHZ 97, 127 (mit Anm. Paulusch, EWIR 1986, 313)

²⁴⁶ Abgesehen von eng begrenzten Ausnahmefällen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, wie z. B. bei doloser Nichteinhaltung der Form

²⁴⁷ BGH NJW 1985, 1546; MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 40; Klauss/Ose, § 1 b AbzG, Rz. 286; für das VerbrKrG bereits Böhner NJW 1992, 3138; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 219; Reich JZ 1975, 552 hielt contra legem sogar ein Widerruf auf der Basis konkludenten Handelns für möglich; ebenso bereits für das VerbrKrG Teske, NJW 1991, 2796

²⁴⁸ Ebenso, allerdings ohne Begründung, Erman/Weitnauer/Klingsporn, § 1 b AbzG, Rz. 11

²⁴⁹ MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 a AbzG, Rz. 9; Klauss/Ose, § 1 a AbzG, Rz. 226

²⁵⁰ Erman/Weitnauer/Klingsporn, 8. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 10; MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 11; Ollmann, WM 1992, 2006

²⁵¹ BGH NJW 1996, 2094

²⁵² BGHZ 94, 226; ; BGHZ 109, 314; BGH WM 1996, 1149

Gemäß § 1 b II S. 1 AbzG genügte die Absendung des Widerrufs zur Fristwahrung. Daraus wurde teilweise gefolgert, der Widerruf brauche dem Empfänger nicht im Sinne des § 130 I BGB zuzugehen²⁵³. § 1 b II S. 1 AbzG bezog sich jedoch nur auf den Aspekt des rechtzeitigen Widerrufs, der Fristwahrung. Diese Vorschrift sollte im verbraucherschützenden Sinne den Kunden von dem Risiko der zeitlichen Beförderung seiner Erklärung entlasten. Da der Widerruf ansonsten den rechtsgeschäftlichen Regeln unterlag, und auch der Lieferant ein Interesse daran hatte, zu erfahren, ob ein Widerruf ausgeübt wurde, war an dem Erfordernis des Zugangs der Erklärung im Sinne des § 130 I BGB festzuhalten²⁵⁴.

- Die Konsequenzen des ausgeübten Widerrufs

Bei den hier zu untersuchenden Sukzessivlieferungsverhältnissen, die mit einer Gegenleistung zu einem gemischten Vertrag verbunden waren²⁵⁵, stellte sich nach der Ausübung des Widerrufsrecht die Frage, welches Schicksal die nicht unter das AbzG fallenden Rechte und Pflichten - z. B. ein Pachtverhältnis - hatte. Wurde ein Rechtsgeschäft gemäß § 1 b AbzG widerrufen, beurteilte sich die Wirksamkeit des anderen Teils des Vertrages nach allgemeiner Meinung nach § 139 BGB²⁵⁶.

Der Widerruf eines mit einer Bezugsverpflichtung verbundenen Pachtvertrags betraf zunächst einmal nur die Bezugsverpflichtung direkt, so dass diese unwirksam wurde. Die Auswirkung des Widerrufs auf den vereinbarten Pachtvertrag war an Hand des § 139 BGB zu bewerten. Diese Bewertung hing davon ab, ob die Parteien den Pachtvertrag auch ohne eine Bezugsverpflichtung abgeschlossen hätten. Das war in der Regel nicht der Fall, wenn es dem Verpächter/Lieferanten gerade auf den mit dem Pachtvertrag verbundenen Warenabsatz ankam²⁵⁷. Eine salvatorische Klausel änderte daran nichts²⁵⁸. Ob ein nach § 139 BGB einheitlich zu beurteilendes Rechtsgeschäft vorlag, hatte die Tatsacheninstanz danach zu entscheiden, ob die Vereinbarungen inhaltlich so eng miteinander verbunden waren, dass sie nach dem Willen der Vertragsparteien miteinander stehen und fallen sollten²⁵⁹.

Bei der Vereinbarung einer sukzessiven Bezugsverpflichtung mit einem weiteren gleichzeitigen Abschluss etwa eines Pachtvertrages oder eines Darlehensvertrages

²⁵³ Erman/Weitnauer/Klingsporn, 8. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 11; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 219; Reich JZ 1975, 552 reicht dementsprechend ein Einlieferungsschein als Beweis für einen wirksamen Widerruf aus.

²⁵⁴ MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, R. 38; Soergel-Hönn, 12. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 14; Klauss/Ose, § 1 b AbzG, Rz. 281

²⁵⁵ Ansonsten galt § 1 d AbzG für die Rückabwicklung der Bezugsspflicht

²⁵⁶ BGH NJW 1983, 2027; BGHZ 109, 314 (dazu Sternel, EWiR 1990, 209); BGH NJW 1991, 917; BGH NJW-RR 1993, 243 (mit Anm. Borgmann EWiR 1993, 31); MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 20; Klauss/Ose, § 1 b AbzG, Rz. 335

²⁵⁷ BGH NJW 1997, 933; BGHZ 109, 314, 320; BGHZ 128, 156, 165 f.

²⁵⁸ BGH NJW 1996, 773; BGH NJW 1997, 933

²⁵⁹ BGH NJW 1968, 936; BGH NJW 1983, 2027; BGHZ 112, 293; BGHZ 128, 165

war daher in der Regel die Annahme gerechtfertigt, dass kein Vertragsteil ohne den anderen abgeschlossen worden wäre²⁶⁰. In der Konsequenz hätte das bedeutet, dass in der Regel mit einem Widerruf der Bezugsverpflichtung der gesamte Vertrag einschließlich eines Pacht- oder Darlehensteils von Anfang an unwirksam gewesen wäre.

Hingegen wäre bei einem in Vollzug gesetzten Pachtvertrag dies nur anders zu beurteilen gewesen, wenn man die Lehre der „faktischen“ (Gesellschafts-, Arbeits-) Verträge auch hier hätte anwenden können²⁶¹. Es stellte sich also die Frage, ob die dabei entwickelte Auffassung, dass eine rückwirkende Auflösung für solche fehlerhaften Verträge nicht praktikabel ist²⁶², auch auf andere Vertragsverhältnisse anwendbar gewesen wäre. Dies wurde jedoch für Miet- und Pachtverhältnisse zu Recht abgelehnt²⁶³, weil die besonderen Erfordernisse des Verkehrsschutzes, wie sie im Gesellschafts- oder Arbeitsrecht vorzufinden sind, hier nicht gegeben waren.

- Die Rückabwicklung widerrufener Verträge

Im Falle eines Widerrufs sah § 1 d AbzG ein spezielles Rückabwicklungsverhältnis vor. Bei gemischten Verträgen, wie sie hier behandelt werden, betraf § 1 d AbzG jedoch nur das dem AbzG unterliegendem Vertragsteil. Für den anderen, nach § 139 BGB ebenfalls unwirksamen Vertragsteil galt das Bereicherungsrecht²⁶⁴. Die im Anschluss an einen Widerruf erforderliche Rückabwicklung dieses Vertragsteils über die §§ 812 ff. BGB erschien zwar im Einzelfall kompliziert. Es ergaben sich in der Praxis indessen nur dort Schwierigkeiten, wo sich der Wert der nicht mehr herausgabefähigen und deshalb nach § 818 II BGB auszugleichenden Leistungen mit der für sie vertraglich vereinbarten Gegenleistung nicht deckte. Die dann diesen Partner treffende Rückgewährpflicht hatte ihren Grund letztlich darin, dass der vertraglich ausbedungenen Gegenleistung wegen des Fehlens der gesetzlich vorgeschriebenen Belehrung rückwirkend die Legitimation entzogen wurde.

Der teilweise vertretenen Ansicht, dass wegen der Nutzungsvergütung für ein Pachtobjekt auf § 1 d III AbzG abzustellen sei²⁶⁵, war der BGH nicht gefolgt²⁶⁶. Die pachtweise Überlassung der Absatzstätte war im Ausgangsfall daher nicht nach dem AbzG widerruflich, sondern nur gemäß § 139 BGB unwirksam. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 812 ff., 818 II BGB - und ggf. § 816 I BGB bei anderen

²⁶⁰ Vgl. für ein Darlehen zusammen mit einer Übernahme einer Getränkebezugsverpflichtung BGH WM 1991, 1675

²⁶¹ Zum „faktischen“ Arbeitsvertrag vgl. Schaub, § 35 III 3; für den „faktischen“ Gesellschaftsvertrag vgl. zur Personengesellschaft Palandt/Sprau, 63. Aufl., § 705 Rz. 17 ff, zur juristischen Person Baumbach/Hueck § 2 Rz. 33

²⁶² Vgl. Staudinger/Dilcher, 12. Aufl., Vor §§ 116-144 Rz. 35 f.

²⁶³ KG MDR 1967, 404

²⁶⁴ BGH NJW 1983, 2028; MüKo-Ulmer, 2. Aufl., § 1 b AbzG, Rz. 20; Soergel-Hönn, § 1 d AbzG, Rz.

12

²⁶⁵ OLG Koblenz, WM 1984, 1238

²⁶⁶ BGHZ 112, 288 (mit Anm. Martinek, EWiR 1990, 1145); BGH NJW 1991, 917

gemischten Vertragsverhältnissen - erlaubten einen sachgerechten Interessenausgleich²⁶⁷.

Zuweilen war bei einem gemischten Darlehens- und Bezugsvertrag zusätzlich eine Grundschild zugunsten des Lieferanten „als Sicherheit für sämtliche Verpflichtungen aus diesem Vertrag“ eingetragen. Nach einem berechtigten Widerruf der Bezugsverpflichtung und Wegfall der Darlehensvereinbarung gemäß § 139 BGB hing der Anspruch auf Löschung der Grundschild davon ab, ob die Grundschild auch eventuelle Rückabwicklungsansprüche hinsichtlich der Leistungen des Lieferanten abdecken sollte²⁶⁸. Die zitierte Formulierung hätte daher einer Löschung in diesem Falle entgegengestanden.

II. 1. 5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das 1974 eingeführte Widerrufsrecht im AbzG eine einschneidende Zäsur im Verbraucherschutzrecht darstellt. Der Lieferant konnte nur dann sicher sein, dass der abzuschließende Vertrag nicht dem AbzG unterliegt, wenn sein Vertragspartner ein im Handelsregister eingetragener Kaufmann war; in allen anderen Fällen empfahl sich die Benutzung einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung wie auch die Beachtung der Formvorschriften des AbzG. Die Vielzahl der Entscheidungen beweist, dass sich das Widerrufsrecht nach dessen Einführung nicht nur in das allgemeine Bewusstsein eingeprägt hat. Vielmehr wurde damit einerseits für die Kunden, Käufer und Abnehmer eine hochwillkommene Möglichkeit geschaffen, sich trotz abgegebener Willenserklärung später wieder - gleich aus welchen Motiven - aus dem Vertrag zu lösen. Die stark formalisierten Erfordernisse für die Widerrufsbelehrung wurden dabei instrumentalisiert, um auf der Basis eines Formfehlers über die Wochenfrist des § 1 b I AbzG hinaus einen Widerruf ausüben zu können. Andererseits zeigen die Entscheidungen auch die Anwendungsprobleme, die für die Verkäufer und Lieferanten mit diesem neuen Gesetz entstanden.

Gerade die Einhaltung der drucktechnischen und inhaltlichen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung bereitete in der Praxis große Schwierigkeiten²⁶⁹. Obwohl es sich vermeintlich nur um eine eher technische Ausgestaltung handelte, entpuppte sich die erforderliche Gestaltung der Belehrung als ständiger juristischer Zankapfel, der während der gesamten Gültigkeitsdauer des AbzG immer wieder Gegenstand der Judikatur bis in die höchste Instanz war. Die Verwender derartiger Vertragsformulare

²⁶⁷ BGH NJW 1983, 2027; BGH WM 1991, 1675 (mit Anm. Thamm/Detzer, EWiR 1991, 833); BGH NJW 1997, 933

²⁶⁸ BGH WM 1991, 1675; vgl. auch Kap. F I. 1.

²⁶⁹ Vgl. BGH WM 1986, 1062 (mit Anm. Teske, EWiR 1986, 947); BGH NJW-RR 1990, 368 (mit Anmerkung Teske EWiR 1990, 313); BGH NJW 1994, 1800 (mit Anm. von Teske, EWiR 1994, 625); OLG Frankfurt GRUR 1989, 71 (mit Anm. von Thamm/Detzer, EWiR 1989, 207)

mit ungültigen Widerrufsbelehrungen sahen in einer korrekten drucktechnischen Hervorhebung offensichtlich ein Risiko, bereits gewonnene Abnehmer wieder zu verlieren, und versuchten auf verschiedensten Wegen, dieses Risiko vermeintlich zu umgehen.

Wie noch zu zeigen sein wird, spielten diese von der Rechtsprechung zum AbzG erarbeiteten Maßstäbe auch nach der Einführung des VerbrKrG im Jahre 1991 weiter eine wichtige Rolle.

II. 2. Das Widerrufsrecht nach dem Verbraucherkreditgesetz

Zum 1. 1. 1991 löste das VerbrKrG das AbzG ab²⁷⁰. Dabei galten die Vorschriften des AbzG für so genannte „Altverträge“, die vor dem 31. 12. 1990 abgeschlossen worden waren, weiter²⁷¹. Das VerbrKrG brachte gegenüber der Rechtslage nach dem AbzG Neuerungen, die nachfolgend aufgezeigt werden. Es wird sich zeigen, dass dieses VerbrKrG zwar nur einen eingeschränkteren Anwendungsbereich für die hier behandelten Lieferverhältnisse aufweist, als das AbzG. Wo es jedoch zur Anwendung kam, komplizierte sich diese jedoch. Im übrigen konnte und kann auf die Rechtsprechung zum AbzG nach wie vor verwiesen werden, soweit das VerbrKrG Vorschriften des AbzG adaptierte²⁷².

II. 2. 1. Der persönliche Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes

Das neue VerbrKrG veränderte gegenüber dem AbzG den persönlichen Anwendungsbereich auf der Abnehmerseite²⁷³. Nach der Abgrenzung des § 1 I VerbrKrG stand das Widerrufsrecht des § 7 VerbrKrG dem Käufer und Abnehmer nur dann zu, wenn die Lieferungen nicht für eine „bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit“ bestimmt waren²⁷⁴. Danach wurde dem gewerblichen Abnehmer ein Widerrufsrecht nur für die Erstgeschäfte in der

²⁷⁰ Vgl. Art. 10 I VerbrKrG/ZPO u.ä. ÄndG

²⁷¹ Dies betraf alle „Altverträge“, auch wenn die Übergangsvorschrift des Art. 9 I ÄndG die Weitergeltung des AbzG für vor dem 1. 1. 1991 abgeschlossenen Verträge wörtlich nur auf „Kreditverträge“ beschränkte, vgl. BGHZ 119, 283; BGH NJW 1993, 128; BGH NJW 1994, 1800; BGH WM 1995, 1231

²⁷² MüKo-Ulmer, 3. Aufl., Vor § 1 VerbrKrG, Rz. 41; für die Vertragsübernahme eines unter der Geltung des AbzG geschlossenen Vertrages gilt das VerbrKrG, wenn die Übernahme nach dem 1. 1. 1991 erfolgte, BGH NJW 1995, 2290

²⁷³ Als Kreditgeber kommen nicht nur die klassischen Unternehmen des Bankgewerbes in Betracht; es reicht, wenn er die vom VerbrKrG umfassten Geschäfte im Rahmen seines Gewerbes tätigt, vgl. Bülow, VerbrKrG, § 1, Rz. 17; Bruchner/Ott, § 1, Rz. 13 f..

²⁷⁴ Vgl. Bender VuR 1991, 197; Gruber NZM 1999 1074

Existenzgründungsphase eingeräumt, in der eine selbständige Tätigkeit noch nicht ausgeübt wird, sondern erst noch ausgeübt werden soll²⁷⁵. Auf eine formelle Eintragung in das Handelsregister als Kaufmann entsprechend dem § 8 AbzG kam es daher nicht mehr an²⁷⁶. Die Unterscheidung zwischen Verbrauchern und Unternehmern als Kreditgeber löste die alte formale Betrachtung ab. Damit wurden auch Freiberufler und Kleingewerbetreibende aus dem Verbraucherschutz herausgelöst.

Bei einem Verbraucher musste es sich hier um eine natürliche Person handeln. Kombinierte Sukzessivlieferungsverträge mit Abnehmern, die sich als juristische Person organisierten, unterlagen also nicht dem VerbrKrG, § 1 I VerbrKrG. Gleiches galt für Personenhandelsgesellschaften²⁷⁷. Fraglich blieb die Stellung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR). Denn wenn mehrere Abnehmer einen nicht in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb ausübten, waren sie gemäß § 1 II HGB nicht als Kaufleute einzustufen, so dass ihr Personenzusammenschluss keine Personenhandelsgesellschaft darstellte. Sofern allerdings diese GbR gewerblich tätig wurde, war auch diese Gesellschaftsform aus dem Anwendungsbereich des VerbrKrG zu exkludieren²⁷⁸. Damit blieb eine Anwendung des VerbrKrG allenfalls bei einer nicht-gewerblichen, z. B. rein vermögensverwaltenden GbR denkbar²⁷⁹, die jedoch bei den hier zu behandelnden Absatzverträgen keine Rolle spielten.

Wie war nun der Fall einzuordnen, wenn der Vertrag zwar zugunsten einer gewerblich handelnden Gesellschaft geschlossen werden sollte, Vertragspartner aber der angestellte Geschäftsführer war? Da sich § 1 I VerbrKrG auf die „selbständige“ Tätigkeit bezog, blieben Angestellte und Arbeitnehmer im Kreis der Verbraucher. Angestellte Geschäftsführer handeln danach nicht als Selbständige und bleiben ebenfalls Verbraucher²⁸⁰.

Daneben stellte die Voraussetzung der „bereits ausgeübten“ gewerblichen Tätigkeit klar, dass Existenzgründer nach wie vor als Verbraucher einzustufen waren, § 3 I Nr. 2 VerbrKrG. Danach wurde dem gewerblichen Abnehmer ein Widerrufsrecht für Erstgeschäfte im Sinne des VerbrKrG in der Existenzgründungsphase, in der eine selbständige Tätigkeit noch nicht ausgeübt wird, sondern erst ausgeübt werden

²⁷⁵ Ulmer/Habersack, VerbrKrG, § 2, Rz. 7, 9; Graf v. Westphalen u. a., VerbrKrG, § 2, Rz. 26; Bülow, VerbrKrG, § 2, Rz. 9; a. A. Vortmann, VerbrKrG, § 2, Rz. 3; zur Abgrenzung zwischen einer neu aufgenommenen und einer Erweiterung einer bereits ausgeübten gewerblichen Tätigkeit s. BGH NJW-RR 2000, 719

²⁷⁶ Unerfahrenheit oder ein sonstiges Schutzbedürfnis begründen den Schutz durch das Gesetz nicht, BGH NJW 1994, 2759

²⁷⁷ MüKo-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rz. 19; Janert, S. 158; Vortmann, ZIP 1992, 232

²⁷⁸ MüKo-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rz. 19; Janert, S. 158; Drescher, Rz. 19; Vortmann, ZIP 1992, 232; für diese Auffassung spricht auch die Angleichung der GbR an juristische Personen, vgl. BGH NJW 2001, 1056

²⁷⁹ Drescher, Rz. 19

²⁸⁰ Erman/Rebmann, § 1 VerbrKrG, Rz. 44; Janert, S. 167 mit Verweis auf unveröffentlichte BGH-Entscheidungen VIII ZR 151/95 vom 5. 6. 1996 und VIII ZR 240/99 vom 28. 6. 2000

sollte, eingeräumt²⁸¹. Wer und für wie lange war aber jemand als Existenzgründer einzustufen? Nach der Abschaffung des § 8 AbzG kam es nicht mehr in Frage, die Existenzgründung als mit der Handelsregistereintragung abgeschlossen zu betrachten²⁸². Die Existenzgründungsphase und damit die Verbrauchereigenschaft des Gründers so lange aufrecht zu erhalten, bis das Geschäft dauerhaft gesichert ist und Gewinne abwirft²⁸³, brachte in der Praxis große Abgrenzungsprobleme: Wann kann man ein Unternehmen als dauerhaft gesichert ansehen? Dazu wurde bislang in der Betriebswirtschaft keine allgemeingültige Antwort gefunden. Man wird also weiterhin prüfen müssen, ob es sich um ein Geschäft vor der Aufnahme der Geschäftstätigkeit handelt, oder ob der Abnehmer/Käufer/Kreditnehmer sein selbstständiges Geschäft bereits eröffnet hat²⁸⁴. Nur dieses Kriterium gibt die Möglichkeit, hier eine verlässliche Linie zu ziehen, selbst wenn man berücksichtigt, dass ein Kleingewerbetreibender, der während seiner gewerblichen Gründungsphase zunächst keinen Kredit beansprucht hat, bei der ersten Aufnahme eines Darlehens vielleicht ebenfalls schutzbedürftig sein mag.

Weitere Grenzfälle ergeben sich, die mit dem zuvor dargestellten Weg zu lösen sind: Hatte der Abnehmer in der Vergangenheit bereits einen Absatzbetrieb eingestellt, erlangte er seine Verbrauchereigenschaft zurück. Wurde er in der Folgezeit wieder als selbständiger Abnehmer tätig, fand das Verbraucherkreditrecht daher in dieser erneuten Existenzgründungsphase Anwendung²⁸⁵. Das Verbraucherschutzrecht kam jedoch dann nicht zum Zuge, wenn der Abnehmer neben einem bereits bestehenden Betrieb eine weitere Absatzstätte eröffnete, oder ein bestehendes Gewerbe erweiterte. Zwar war die Anwendung des Verbraucherschutzrechts streitig, wenn der Verbraucher bereits über ein gewerbliches Unternehmen verfügte, das neue Geschäft jedoch eine ganz andere Branche betraf²⁸⁶. Existierte jedoch ein enger wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen dem bestehenden Absatzgeschäft und der neuen Absatzstätte, dann bestand kein Bedürfnis mehr, diesen expandierenden Gewerbetreibenden stärker zu schützen als einen Gewerbetreibenden, der sich nur für eine Absatzstätte verpflichtet²⁸⁷. Denn hier durfte man von einer Identität der „bereits ausgeübten selbständigen“ Tätigkeit ausgehen, während man der Aufnahme einer Geschäftstätigkeit in einer völlig neuen Branche wiederum den Charakter einer Neu-Gründung nicht absprechen konnte. Die Frage, ob Minderkaufleute oder

²⁸¹ Ulmer/Habersack, VerbrKrG, § 2 Rz. 7, 9; Graf v. Westphalen u.a. VerbrKrG, § 2, Rz. 26; Bülow, VerbrKrG, § 2 Rz. 9; a. A. Vortmann, VerbrKrG § 2 Rz. 3; zur Abgrenzung zwischen einer neu aufgenommenen und einer Erweiterung einer bereits ausgeübten gewerblichen Tätigkeit BGH NJW-RR 2000, 719

²⁸² Argument aus MüKo-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rz. 26

²⁸³ So Scholz, DB 1993, 262 mit Fn. 24; Bruchner/Ott, § 3, Rz. 16

²⁸⁴ Vortmann, ZIP 1992, 230

²⁸⁵ OLG Köln NJW-RR 1995, 816; zur Beweislast zu Lasten des Lieferanten vgl. OLG Celle NJW-RR 1996, 119 f.; Erman/Rebmann § 1 VerbrKrG, Rz. 48; Böhner NJW 1992, 3135; a. A. Vortmann ZIP 1992, 231

²⁸⁶ BGHZ 128, 156, 162 f.; BGH NJW 1997, 2184; OLG Hamm NJW 1992, 3179; kritisch: Scholz DB 1993, 261

²⁸⁷ Reiter BB 1991, 2322

Kleingewerbetreibende in den Schutzbereich des VerbrKrG einzubeziehen waren, wurde zunächst auf Grund des Wortlauts negativ beschieden²⁸⁸.

Das VerbrKrG blieb auch dann von Bedeutung, wenn der Abnehmer selbst als Gewerbetreibender handelte und damit nicht mehr als Verbraucher galt. Häufig wurden nämlich angesichts der teilweise erheblichen Gegenleistungen weitere Personen, etwa Ehegatten, in den Vertrag mit aufgenommen. Musste das VerbrKrG auf diese Personengruppe wieder angewendet werden, wenn diese Personen nicht ebenfalls selbständig das Gewerbe betrieben, obwohl der eigentliche Schuldner nicht in den Schutzbereich des VerbrKrG fiel? Geht man vom Zweck des Vertrages aus, könnte man in einer Gesamtbetrachtung von einem gewerblichen Zweck ausgehen, mit der Folge, dass auch für Dritthaftende das VerbrKrG nicht galt²⁸⁹. § 1 I VerbrKrG bezog sich jedoch gleichgewichtig auf „eine“ natürliche Person. Hier müsste daher auch eine mithaftende Person, die nicht als Selbständige im Betrieb mitarbeitet, zutreffendermaßen als Verbraucher eingestuft werden, der entsprechend zu belehren ist²⁹⁰. Gleiches galt, wenn der Vertragspartner und Abnehmer als GmbH, und damit als kaufmännischer Gewerbetreibender auftrat, und der Produzent/Lieferant zusätzlich den geschäftsführenden Gesellschafter als natürliche Person in die Vertragshaftung nehmen wollte²⁹¹. Auf diese Weise war das VerbrKrG bei solchen Vertragskonstellationen trotz einer bereits bestehenden Absatzstätte heran zu ziehen.

Für einen Schuldbeitritt zu einem Vertrag im Sinne des § 2 VerbrKrG oder dessen Übernahme durch einen Verbraucher war daher das VerbrKrG ebenfalls anwendbar, sofern der Beitretende selbst nicht selbständig gewerblich tätig war. Der beitretende oder übernehmende Verbraucher musste daher - wie bereits zu Zeiten des AbzG²⁹² – erneut belehrt werden. Auch die Übernahme- oder Beitrittsvereinbarung bedurfte der Form des § 4 I VerbrKrG²⁹³.

Mit der Einführung der Verbraucherinsolvenz in § 304 InsO im Jahre 1999 wurde in diesem neuen Gesetz der Begriff des Verbrauchers für die Fälle der Insolvenz um die geringfügigen selbständigen Tätigkeiten erweitert. Damit sollten in Anlehnung an § 4 HGB a. F. die seinerzeitigen Minderkaufleute in den Schutzbereich der Verbraucherinsolvenz mit einbezogen werden²⁹⁴. Aus allgemeinen Verbraucherschutz Erwägungen wurde daraus teilweise gefolgert, dass nunmehr diese Kleingewerbetreibenden auch in den Anwendungsbereich des VerbrKrG mit einzubeziehen sind²⁹⁵. Das hätte zur Folge gehabt, dass diejenigen Abnehmer aus

²⁸⁸ Bülow, VerbrKrG, § 1, Rz. 34

²⁸⁹ MüKo-Ulmer, 3. Aufl., § 1 VerbrKrG, Rz. 33; Drescher, Rz. 34

²⁹⁰ OLG Stuttgart NJW 1994, 868; Erman/Rebmann § 1 VerbrKrG, Rz. 33; Reinicke/Tiedtke, ZIP 1992, 218; Derleder NJW 1993, 2405

²⁹¹ Vgl. BGHZ 133, 223; BGH ZIP 1996, 1209; BGH NJW 2000, 3133

²⁹² BGH NJW 1991, 2903; BGH NJW-RR 1993, 243; vgl. auch D II 1. 4.

²⁹³ BGH NJW 1999, 2664; BGH NJW 2000, 3496; Derleder NJW 1993, 2402: aus diesem Grund reichen auch Blanko-Vollmachten des Ehegatten nicht aus

²⁹⁴ Haarmeyer/Wutzke/Förster, Kap. 10, Rz. 21

²⁹⁵ Engelhardt, S. 77; Damm VersR 1999, 134; Schlechtriem JZ 1997, 443

den hier behandelten Sukzessivlieferungsverträgen, für die kein vollkaufmännischer Betrieb erforderlich ist, über diesen Weg doch noch durch das Verbraucherkreditrecht geschützt worden wären. Ein solcher Schluss ist jedoch mit dem Wortlaut des VerbrKrG nicht zu vereinbaren. Auch würde es eine Überspannung des gesetzgeberischen Willens bedeuten, wenn eine Regelung aus der Insolvenzreform von 1999 ohne weiteres und generell auf den Abschluss von Verträgen mit Kleingewerbetreibenden ausgedehnt werden würde. Bei der o. a. Abgrenzung von Verbrauchern zu Gewerbetreibenden sollte es daher verbleiben.

II. 2. 2. Der sachliche Anwendungsbereich des Verbraucherkreditgesetzes

Die Gegenleistungen, die ein Lieferant für eine langfristige Bezugsbindung erbrachte, fielen häufig direkt in den sachlichen Anwendungsbereich des VerbrKrG. So war es eindeutig bei Darlehen, aber auch bei anderen Finanzierungshilfen wie Teilzahlungsgeschäften oder auch den als „Leihe“ bezeichneten Sachdarlehen²⁹⁶. Lediglich ein reiner Miet- oder Pachtvertrag stellte als Gebrauchsüberlassung keinen Kredit im Sinne des VerbrKrG dar²⁹⁷. Außerdem enthielt der § 2 Nr. 3 VerbrKrG für abgeschlossene Bezugsverträge eine mit § 1c Nr. 3 AbzG wörtlich übereinstimmende Regelung²⁹⁸. Insofern konnte auch weiterhin auf die diesbezügliche Rechtsprechung zum AbzG zurückgegriffen werden²⁹⁹.

Sofern die Bezugsverpflichtung mit einem Darlehen verknüpft wurde, war dieser Vertragsteil selbst somit als Kredit im Sinne des § 1 II VerbrKrG zu betrachten³⁰⁰. Für die noch in Frage kommenden Fälle der Existenzgründung stellte sich die Frage, ob § 2 Nr. 3 VerbrKrG nur dann Anwendung finden sollte, wenn gleichzeitig ein Existenzgründungsdarlehen bis zu 100.000,-- DM in Anspruch genommen wurde (§ 3 I Nr. 2 VerbrKrG)³⁰¹ oder ob bei Bezugsverträgen an die Stelle des „Nettokreditbetrages“ das vertraglich vorgesehene Mindest-Abnahmevolumen treten sollte³⁰². Der BGH hat hierzu entschieden, dass der § 3 I Nr. 2 VerbrKrG für die Fälle des § 2 VerbrKrG auch nicht analog herangezogen werden konnte³⁰³. Die Reform des VerbrKrG brachte also im Unterschied zum AbzG eine weitere unterschiedliche Behandlung der Darlehensverträge einerseits und der Sukzessivlieferungsverträge andererseits mit sich. Wurde etwa in einem Vertrag als Gegenleistung für eine Bezugsbindung zusätzlich ein Darlehen über einem Betrag von 100.000,-- DM

²⁹⁶ Vgl. oben Kap. C II; Bülow, VerbrKrG, § 1, Rz. 85, 99

²⁹⁷ Bülow, VerbrKrG, § 1, Rz. 117

²⁹⁸ vgl. BGH NJW 1995, 722

²⁹⁹ Zu den seinerzeit neuen Schranken des sachlichen Anwendungsbereichs des VerbrKrG bei Kreditverträgen vgl. § 3 VerbrKrG

³⁰⁰ Bülow, VerbrKrG, § 2, Rz. 35

³⁰¹ Münstermann/Hannes, § 2 Rz. 131; Palandt-Putzo, 60. Aufl., § 2 Rz. 6

³⁰² Ulmer/Habersack § 2 Rz. 9

³⁰³ BGHZ 128, 156; a. A. ohne nähere Begründung Böhner, NJW 1992, 3137

vereinbart, entfiel die Widerrufsbelehrung bzgl. des Darlehens zwar auf Grund des § 3 I Nr. 2 VerbrKrG. Für die Absicherung des Sukzessivlieferungsteils wiederum war sie jedoch weiter gemäß den §§ 2 Nr. 3, 7 I, II VerbrKrG erforderlich.

II. 2. 3. Zur Bedeutung des Widerrufsrechts nach dem Verbraucherkreditgesetz

Für den Lieferanten brachte das VerbrKrG mit seinen Änderungen im persönlichen bzw. sachlichen Anwendungsbereich zunächst eine scheinbare Erleichterung, da seine Abnehmer ja in der Regel gewerblich tätig waren und so nicht dem VerbrKrG unterfielen. Selbst in den verbleibenden Fällen seiner Anwendbarkeit bei Existenzgründungen war das Widerrufsrecht³⁰⁴ zeitlich bis spätestens zum Ablauf eines Jahres nach Abgabe der auf den Abschluss des Bezugsvertrages gerichteten Willenserklärung des Abnehmers begrenzt, §§ 2, 7 II 3 VerbrKrG.

Wurde der Abnehmer nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt, endete die Widerrufsfrist nach § 7 II 3 VerbrKrG spätestens ein Jahr nach Abgabe der Willenserklärung bzw. nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistungen, wenn dieser Zeitpunkt vor Ablauf der Jahresfrist lag. Das setzte eine vollständige Erfüllung dieses Vertrages voraus. Diese trat ein, wenn die gesamte vereinbarte Warenmenge geleistet und bezahlt wurde³⁰⁵. Da die hier in Rede stehenden Bezugsverträge in der Regel eine längere Laufzeit aufweisen als ein Jahr, wurden fehlerhafte Widerrufsbelehrungen nach Ablauf der Jahresfrist obsolet.

Es gab allerdings eine wesentliche Ausnahme von dieser Jahresfrist, die für die hier relevanten Lieferungsverträge maßgeblich war: Zwar erklärte § 2 VerbrKrG den § 7 II VerbrKrG, und damit prinzipiell auch dessen Satz 3 für diese Lieferverhältnisse anwendbar. Umgekehrt setzte § 7 II S. 3 VerbrKrG dort den Abschluss eines Kreditvertrages voraus. Ein Vertrag über wiederkehrende Leistungen ist jedoch gerade nicht ein Kreditvertrag³⁰⁶. Damit wäre der Abnehmer auch über den Ablauf der Jahresfrist hinaus in der Lage gewesen einen entsprechenden Vertrag zu widerrufen, auch wenn dieser mehrere Jahre vollzogen worden wäre³⁰⁷.

Das VerbrKrG erlangte im Bereich der gewerblichen Bezugsverträge dennoch nicht die Bedeutung wie das AbzG, weil der Anwendungsbereich insbesondere private Verbraucher betrifft. Jedoch konnten die Lieferanten das VerbrKrG nicht völlig ignorieren, wie die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf Existenzgründer oder dem Vertrag Beitretende zeigt. Bei der Anwendung des Verbraucherkreditrechts musste der Lieferant allerdings in der Lage sein, die hier erforderlichen

³⁰⁴ Nunmehr nach dem Willen des Gesetzgebers als Gestaltungsrecht konzipiert, vgl. Teske, NJW 1991, 2794

³⁰⁵ Staudinger/Kessal-Wulf § 2 VerbrKrG Rz. 30; Gruber NZM 1999, 1074

³⁰⁶ Palandt-Putzo, 60. Aufl., § 2, Rz. 2; Teske, NJW 1991, 2794

³⁰⁷ Bülow, VerbrKrG, § 2 Rz. 35

Widerrufsbelehrungen differenziert anzuwenden, um Risiken für den Bestand der abgeschlossenen Verträge auszuschließen.

II. 3. Das Widerrufsrecht gemäß § 361 a BGB

Mit dem Gesetz zum Fernabsatz trat zum 30. 6. 2000 § 361 a BGB in Kraft, der das Widerrufsrecht verschiedener Verbraucherschutzgesetze³⁰⁸ vereinheitlichen sollte. Er enthielt einige wesentliche Neuerungen:

- Verträge, die dem § 361 a BGB unterlagen, waren entgegen des bisherigen Rechts nicht schwebend unwirksam, sondern nunmehr bis zur Ausübung des Widerrufsrechts schwebend wirksam. Daher hatte der Abnehmer, dem zusätzlich zur Bezugsverpflichtung eine Gegenleistung zu gewähren war, bis zum Widerruf sowohl einen Anspruch auf Belieferung als auch auf Erfüllung dieser Gegenleistung, also z. B. auf Auszahlung eines vereinbarten Darlehens³⁰⁹. Für den Lieferanten, der hier ein nicht unerhebliches wirtschaftliches Risiko einging, kam es daher darauf an, von der neuen Regelung des § 10 Nr. 1, letzter Halbsatz AGBG Gebrauch zu machen: Danach war es ihm erlaubt, in seinen Vertragsbedingungen zu bestimmen, dass die Gewährung der Gegenleistung mit dem Ablauf der Widerrufsfrist verknüpft wird.

Das Widerrufsrecht konnte von nun an auch konkludent durch die Rücksendung der erworbenen Sache erfolgen, § 361 a I 2 BGB. Für die hier zu behandelnden Lieferungen von Waren im Rahmen von Sukzessivlieferungsverträgen konnte dies konsequenterweise durch die Rücksendung der ersten Lieferung aus der Bezugsverpflichtung erfolgen. Für den Fall des Widerrufs erfolgte die Rückabwicklung nach den Bestimmungen des Rücktritts, §§ 346 ff. BGB.

- Die Widerrufsfrist wurde einheitlich auf zwei Wochen ausgedehnt. Bestehende Sonderregelungen, hier insbesondere der § 7 III VerbrKrG, blieben daneben aber erhalten, waren also zusätzlich zu beachten. Ansonsten mussten die inhaltlichen Anforderungen an die Widerrufsbelehrung weiter beachtet werden³¹⁰.
- Die erforderliche Unterschrift des Verbrauchers unter die Widerrufsbelehrung konnte - entsprechend dem technischen Fortschritt - auch durch eine elektronische Signatur erfolgen, § 361 a I 4 BGB. Im Rahmen eines notariellen Vertrags war zwar auch hier eine gesonderte Belehrung erforderlich, einer gesonderten Unterschrift des Verbrauchers unter diese Belehrung bedurfte es nach § 361 a I 4 BGB jedoch nicht mehr.

³⁰⁸ Dabei handelt es sich um die des VerbrKrG, des HaustWG und des TzWrG

³⁰⁹ Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., § 361 a Rz. 8; Bülow/Artz NJW 2000, 2052

³¹⁰ Gartner/Grieschmann DB 2000, 1604

- Mit dieser Gesetzesnovelle wurde zum 30. 6. 2000 ebenfalls die Legaldefinitionen des Verbrauchers in § 13 BGB sowie die des Unternehmers in § 14 BGB in das BGB eingeführt. Der § 13 BGB machte dabei in seinem Wortlaut keinen Unterschied mehr zwischen dem Existenzgründer und dem bereits selbständig Tätigen. Allerdings wurden Existenzgründer in § 1 I 2 VerbrKrG und insofern abweichend von § 13 BGB nach wie vor als Verbraucher angesehen³¹¹. Damit war zugleich die Verteilung der Beweislast zugunsten des Abnehmers verbunden, so dass bei einem non liquet der Abnehmer als Verbraucher galt³¹².

Diese Novelle machte jedoch einen unterschiedlichen Verbraucherbegriff deutlich: Sofern der Abnehmer einen Kredit zusätzlich zur Bezugsverpflichtung vereinbarte, galt für ihn der erweiterte Verbraucherbegriff des § 1 I 2, 3 I Nr. 2 VerbrKrG, der auch Existenzgründer als Verbraucher betrachtet. Stellte die Gegenleistung wie bei einer Verpachtung des Absatzobjekts keine Finanzierungsleistung im Sinne des VerbrKrG dar, galt die Widerrufsmöglichkeit nur auf der Basis des § 2 Nr. 3 VerbrKrG. Dieser verweist jedoch nicht auf § 1 I 2 VerbrKrG, so dass lediglich der Verbraucherbegriff des § 13 BGB anzuwenden ist, der keine Privilegierung von Existenzgründern kennt. Für den Lieferanten war daher mit dieser Novelle eine weitere Komplikation in der Vertragsgestaltung verbunden.

II. 4. Das Widerrufsrecht nach der Schuldrechtsreform vom 1. 1. 2002

Eine erneute Wandlung brachte das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. 11. 2001. Im Rahmen des neuen Schuldrechts wurden fast alle Sondergesetze zum Schutz des privaten Verbrauchers in das BGB integriert. Die Bestimmungen des VerbrKrG finden sich nun in den §§ 491 ff. BGB wieder. Das Widerrufsrecht hierzu regelt nun allgemein § 355 ff. BGB. Das Verbraucherschutzrecht und insbesondere das Widerrufsrecht bleiben weiterhin von großer Bedeutung für die hier untersuchten Sukzessivlieferungsverträge, obwohl sich gegenüber dem AbzG die Anwendungsbereiche verändert haben.

Das allgemeine Widerrufsrecht seinerseits ist von § 361 a BGB nun in § 355 BGB verlagert worden, der in weiten Teilen gegenüber der alten Fassung unverändert ist. Der § 355 BGB vereinheitlicht fast alle Widerrufsrechte der Verbraucherschutzregeln des BGB, so auch das des § 495 I BGB für das Verbraucherdarlehen. Allerdings hat sich das Rechtsetzungskarussell seither in einer für die hier zu behandelnden Verträge bedeutsamen Weise weiter gedreht: Neben den durch Verordnung eingeführten Muster für Widerrufsbelehrungen³¹³ ist am 23. 7. 2002 das so genannte

³¹¹ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 13 Rz. 3

³¹² Bülow/Artz, NJW 2000, 2055

³¹³ Vom 1. 8. 2002, BGBl. I, 2958, auf der Basis der BGB-Informationsverordnung, BGBl. I, 3002, s.u. D II 4.

OLG-Vertretungsänderungsgesetz³¹⁴ verabschiedet worden, das eine einschneidende Veränderung bzgl. der Widerrufsfristen mit sich bringt.

- Der sachliche und persönliche Anwendungsbereich

Verträge mit einer wiederkehrenden Bezugsverpflichtung unterliegen nunmehr gemäß § 505 I Nr. 2, 3 BGB einem Widerrufsrecht, wenn der Vertrag mit einem Verbraucher oder einem Existenzgründer abgeschlossen wurde. Ist mit dem Sukzessivlieferungsvertrag ein Darlehen als Gegenleistung verknüpft worden, ergibt sich die Relevanz der Belehrung auch aus § 491 BGB. Bei einem Teilzahlungsgeschäft gemäß § 499 II BGB sind die §§ 501 ff. BGB heranzuziehen, die gleichfalls eine Belehrung vorsehen.

Kein Widerrufsrecht ist bei einer Darlehensvermittlung, § 655 a BGB, vorgesehen. Erfolgt die Vermittlung jedoch als Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung, so kann der Abnehmer ggf. nach § 505 I Nr. 2, 3 BGB wegen der Bezugsbindung über sein Widerrufsrecht zu belehren sein.

Vordergründig ändert sich damit bzgl. des persönlichen Anwendungsbereichs nur wenig. Nach wie vor gilt zwar, dass nur Verbraucher über ihr Recht zum Widerruf zu belehren sind. Der Verbraucherbegriff des § 13 BGB ist insoweit unverändert. Eine Differenzierung nach Existenzgründern ist jedoch geboten, da nach § 507 BGB die Existenzgründer nun ausdrücklich in den Anwendungsbereich der §§ 491 – 506 BGB einbezogen werden. Dabei wird die alte Unterscheidung des § 3 I Nr. 2 VerbrKrG, wonach eine Belehrung bei Darlehensverträgen über 50.000,-- € unterbleiben konnte, in § 507, 2. HS BGB fortgeführt. Darüber hinaus gilt diese 50.000,-- €-Grenze sowohl für Teilzahlungsgeschäfte (vgl. § 502 I Nr. 1 BGB) als auch für Ratenlieferungsverträge im Sinne des § 505 I 3 BGB³¹⁵. Lieferanten müssen daher bei Verträgen mit Existenzgründern das Widerrufsrecht weiter beachten. Es bleibt außerdem für diejenigen Fälle weiter von Bedeutung, in denen neben dem schon selbständig tätigen Abnehmer weitere Personen in den Vertrag, als Übernehmer oder Beitretende, aufgenommen werden³¹⁶.

- Die Widerrufsbelehrung nach § 355 BGB

Der Beginn der zweiwöchigen Widerrufsfrist hängt wie bisher von einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung des Abnehmers ab, § 355 II BGB. Über den Inhalt des § 355 II BGB hinaus müssen die Widerrufsbelehrungen je nach Vertragstyp deren Besonderheiten berücksichtigen. Das gilt z. B. für den gemäß § 495 II 3 BGB erforderlichen Hinweis, dass der erfolgreiche Widerruf eines Darlehens

³¹⁴ Vgl. BGBl. I, 2850 (2857)

³¹⁵ Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 507 Rz. 7

³¹⁶ Insofern bleiben die Ausführungen hierzu in D. II. 2. 1. weiter von Bedeutung; wie hier Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 507 Rz. 3

auch die Rückzahlung des bereits ausgezahlten Darlehens binnen zweier Wochen erfordert.

Wie schon zu Zeiten des AbzG und des VerbrKrG hat sich auch bei der Widerrufsbelehrung des § 355 BGB eine Rechtsprechung entwickelt, die sich mit den zulässigen Inhalten und Formalien in detail befasst. Neben der Frage, ob die Angabe einer Postfachanschrift den Anforderungen des § 355 II 1 BGB zur Bezeichnung des Widerrufsempfängers genügt³¹⁷, ist bereits höchstrichterlich geprüft, ob die Widerrufsbelehrung schon vor Abgabe der eigentlichen Vertragserklärung erfolgen kann: Dies ist aus der Warnfunktion der Widerrufsbelehrung heraus zu verneinen. Der Verbraucher soll die Belehrung in Zusammenhang mit einer konkreten Vertragserklärung erteilt bekommen³¹⁸, und nicht bereits etwa zu Beginn von Vertragsverhandlungen. Dementsprechende Textzusätze in der Belehrung verletzen daher das nach wie vor zu berücksichtigende Deutlichkeitsgebot. Die Platzierung der ansonsten inhaltlich unbeanstandeten Widerrufsbelehrung auf der Rückseite des Vertragsformulars erfüllt jedoch die Anforderungen an die Erfordernisse einer ordnungsgemäßen Belehrung³¹⁹.

Die zum 1. 9. 2002 in Kraft getretene 2. Änderungsverordnung vom 1. 8. 2002³²⁰ zur BGB-Informationspflichtenverordnung³²¹ enthält eine Muster-Widerrufsbelehrung, die für den Rechtsverkehr eine erhebliche Bedeutung entwickeln wird. Denn diese soll den Prüfungsmaßstab für die künftige Kontrolle von Widerrufsbelehrungen im Sinne des § 355 III 3 BGB bilden. Hierzu besagt § 14 I bzw. II der BGB-Informationsverordnung, dass eine Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Anforderungen genügt, wenn zur Belehrung das entsprechende Muster benutzt wird. Es bleibt aber fraglich, ob damit die zuvor skizzierte, sehr weitreichende Rechtsprechung zu detaillierten inhaltlichen Fragen von Widerrufsbelehrungen vermieden werden kann³²². Auf jeden Fall bedarf dieser Rechtsbereich nach zahlreichen Einführungen, Änderungen, Modifikationen und auch gesetzgeberischer „Reparaturen“ im Interesse der Rechtssicherheit aller Beteiligten dringend einer Periode der Kontinuität.

- Der Ablauf der Widerrufsfrist

Bei einer ordnungsgemäßen Belehrung hat der Verbraucher eine zweiwöchige Frist, innerhalb derer er den Vertrag widerrufen kann. Selbst bei einer fehlerhaften oder gar fehlenden Widerrufsbelehrung soll der abgeschlossene Vertrag spätestens nach sechs Monaten (statt einem Jahr wie noch zu Zeiten des § 7 II VerbrKrG)

³¹⁷ BGH I ZR 306/99

³¹⁸ BGH NJW 2002, 3398; Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., § 361a Rz. 11; a. A. MüKo-Ulmer, 3. Aufl. § 2 HWiG Rz. 4

³¹⁹ BGH BB 2003, 228

³²⁰ BGBl. I, 2958

³²¹ BGBl. I, 3002

³²² Zur Kritik an den Belehrungsmustern vgl. Masuch, NJW 2002, 2931 f.

rechtssicher sein, § 355 III 1 BGB. Damit erhielte der Unternehmer nach einer relativ kurzen Zeit Gewissheit über die endgültige Wirksamkeit des Vertrages für die gesamte Laufzeit. Für längerfristige Lieferverträge wird allerdings auch dafür plädiert, diese sechsmonatige Frist erst nach Erhalt aller vertraglich vereinbarten Waren beginnen zu lassen³²³. Damit solle der Lieferant motiviert werden, den Abnehmer ordnungsgemäß zu belehren, um einen evtl. lang andauernden Schwebezustand zu vermeiden. Mit der ursprünglichen Zielsetzung des § 355 III 1 BGB, nach sechs Monaten für beide Vertragsseiten endgültige Rechtsgewissheit zu schaffen, lässt sich diese Auffassung allerdings nicht vereinbaren. Sie ist daher abzulehnen.

Der EuGH³²⁴ hat allerdings dieses Problem der Befristung der Widerrufsmöglichkeit aus einem anderen Blickwinkel betrachtet: In einer Entscheidung zu einem mit einem Grundpfandrecht abgesicherten Verbraucherdarlehen hat er die Auffassung vertreten, § 355 III 1 BGB sei nicht gemeinschaftskonform. Dieser Grundsatz der Befristung des Widerrufsrechts sei daher aufzugeben.

Die Kappung der Frist des § 355 III 1 BGB bezog der EuGH zwar auf einen Fall eines Realkredits in einer „Haustürsituation“, in dem er § 2 HWiG anwendbar erklärt. Insofern erscheint diese Entscheidung auf den ersten Blick für die hier untersuchten Sukzessivlieferungsverträge nicht bedeutsam sein. Die Begründung sowie der 2. Leitsatz dieser Entscheidung lassen jedoch keinen Zweifel daran, dass das Gemeinschaftsrecht den unbefristeten Widerruf als Sanktion für sämtliche, und damit auch für die hier untersuchten Vertragsarten vorschreibt³²⁵. Damit stand der bisherige § 355 III 1 BGB für alle betreffenden Schuldverhältnisse zur Disposition. Er war daher vom Gesetzgeber neu zu fassen³²⁶.

Diese Anpassung hat der Gesetzgeber mit dem so genannte OLG-Vertretungsänderungsgesetz vom 23. 7. 2002³²⁷ vollzogen. Dabei ist das Verhältnis zwischen S. 1 und S. 3 des neuen § 355 III BGB irreführend formuliert. Auf welche Fälle das Erlöschen des Widerrufsrecht nach sechs Monaten gemäß § 355 III 1 BGB anwendbar sein soll, bleibt unklar³²⁸. S. 3 der gleichen Vorschrift besagt unmissverständlich, dass das Widerrufsrecht abweichend von S. 1. nicht erlischt, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Auf Grund des verbraucherschützenden Charakters des Widerrufsrechts ist davon auszugehen, dass für alle Fälle einer fehlenden oder fehlerhaften Belehrung die unbefristete Widerrufsmöglichkeit des § 355 III 3 BGB greift. § 355 III 1 BGB kann insofern nur noch marginale Bedeutung haben, wenn lediglich Informationspflichten verletzt sind.

³²³ Mankowski JZ 2001, 747

³²⁴ DB 2001, 2710 ff. in dem zur Berühmtheit gelangten Fall Heiningen / Bayrische Hypo- und Vereinsbank

³²⁵ Staudinger NJW 2002, 654

³²⁶ Staudinger NJW 2002, 656; Fischer ZAP Fach 2, 360

³²⁷ BGBl. I, 2850 (2857)

³²⁸ Jauernig, § 355, Rz. 6; Richard, NJW 2002 Heft 35, S. XVIII

Damit ist mit dieser Rechtsfolge der Zustand wieder hergestellt worden, der bis zum 31. 12. 1990 für eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung nach dem AbzG galt: Der Unternehmer, der den Abnehmer fehlerhaft belehrt, geht das Risiko ein, dass ihn ein Widerruf des Abnehmers noch nach Jahren reibungsloser Vertragsdurchführung ereilt³²⁹. Die mit der in § 7 II 3 VerbrKrG eingeführte Befristung des Widerrufsrechts und die über ein Jahrzehnt praktizierte Rechtssicherheit hierzu ist damit wieder hinfällig geworden.

II. 5. Fazit und Schlussfolgerungen für die Vertragspraxis

Der Verbraucherschutz hat sich seit den siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts stark in das Bewusstsein der Öffentlichkeit eingeprägt. Daran hatte nicht zuletzt die Einführung eines Widerrufsrechts in das seinerzeitige AbzG wesentlichen Anteil. Seither hat das Zivilrecht - auch unter dem Einfluss der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien - einen Paradigmenwechsel vollzogen und sich in zwei Bereiche aufgeteilt: dem Privatrecht für Unternehmer steht das für Verbraucher gegenüber. Diese scheinbar klare Aufteilung wird jedoch in der Gesetzgebung nicht einheitlich durchgehalten. Neben dem § 13 BGB enthält der § 304 InsO eine davon abweichende und weiterreichende Definition des Verbrauchers; des weiteren wird in den §§ 29 II und 38 I ZPO nach wie vor auf die Kaufmannseigenschaft als Unterscheidungsmerkmal zu Verbrauchern abgestellt. Die Rechtsentwicklung bedeutet für den Lieferanten in dieser Grauzone von Kleingewerbetreibenden und Existenzgründern ein Risiko.

Insbesondere die hier dargestellten Veränderungen im Recht der Widerrufsbelehrung, vor allem bzgl. des persönlichen Anwendungsbereichs, brachten und bringen für Lieferanten und Verwender von Vertragsformularen immer wieder große Unsicherheiten über das Ausmaß von Belehrungspflichten für den Abnehmer.

Bis Ende 1990 kam es bei der Frage, ob jemand zu belehren sei, allein auf die Eintragung in das Handelsregister an. Anschließend brachte die Änderung des Anwendungsbereichs des VerbrKrG, wonach nur Verbraucher belehrt zu werden brauchten, scheinbar eine Erleichterung. Denn die Abnehmer von Sukzessivlieferungsverträgen waren ja in der Regel als selbständige Gewerbetreibende nicht zu belehren.

Allerdings verursachten die genannten Ausnahmen³³⁰ für die Lieferanten erneute Unsicherheiten. Hier ist insbesondere auf die unterschiedliche Behandlung von Existenzgründern hinzuweisen. Aber auch bei der Aufnahme weiterer Personen in

³²⁹ Vgl. D II. 1. 3.

³³⁰ Vgl. D. II. 2. 1.

das Vertragswerk stellte sich immer die Frage, ob diesen Personen ein Widerrufsrecht zustand. Hinzu kam, dass eine einzige Standardbelehrung für den Vertrag mit einer Bezugsverpflichtung wie noch zur Geltung des AbzG nicht mehr ausreichte. Vielmehr waren je nach Vertragsgestaltung inhaltlich unterschiedliche Arten von Belehrungen erforderlich³³¹.

Es war auch nur ein scheinbarer Vorteil, dass eine fehlerhafte oder fehlende Widerrufsbelehrung spätestens nach Ablauf eines Jahres (§ 7 II 3 VerbrKrG) bzw. sechs Monaten (§ 355 III 1 BGB) erlöschen sollte, was für den Lieferanten eine Risikominimierung gegenüber dem AbzG dargestellt hätte. Denn der EuGH³³² hat diese Frist als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar erklärt, was zu dem neuen § 355 II 3 BGB mit einer unbefristeten Widerrufsmöglichkeit führte.

Weiter stellte und stellt sich für den Lieferanten und Verwender des Vertragsformulars die Frage, wer es im Zweifel zu beweisen hat, ob ein Abnehmer (noch) Verbraucher oder (schon) Unternehmer ist. Unter der Ägide des AbzG war die Beweisführung einfach, kam es doch allein auf den Eintrag in das Handelsregister an, § 8 AbzG. Seit der Geltung des VerbrKrG ist es im Bestreitensfall jedoch Sache des Lieferanten, die Unternehmereigenschaft des Abnehmers darzulegen und zu beweisen³³³. Auch der Versuch, in einer Vertragsklausel die Unternehmereigenschaft vertraglich abzusichern, stand und steht immer unter dem Damoklesschwert des Umgehungsverbots des § 18 VerbrKrG bzw. des heutigen § 506 I BGB.

Andererseits bedeutete es für das Absatzunternehmen eine erhebliche Arbeiterschwerung, wollte man von ihm erwarten, für einen Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Gegenleistung nicht nur den Vertragspartner, sondern ggf. weitere in den Vertrag mit einzubeziehende Personen daraufhin zu überprüfen und prozessfest zu dokumentieren, ob sie derzeit oder früher bereits einmal in der Branche selbständig tätig waren. Aus diesem Grund sind die meisten Lieferanten/Produzenten, die ihren Absatzbereich mit Sukzessivlieferungsverträgen gestalten, schon seit langem dazu übergegangen, generell alle Verträge mit Widerrufsbelehrungen auszugestalten. Damit soll das Risiko vermieden werden, dass eigentlich feste, für die Unternehmensplanung wesentliche Bezugsverpflichtungen davon abhängen, ob sich ein Abnehmer möglicherweise noch lange nach Vertragsabschluss von der Bezugsverpflichtung befreien kann. Das Ziel des Lieferanten ist es, in dieser Frage keinerlei Ungewissheit zu haben, ob Existenzgründer, Familienangehörige bzw. sonstige Beitretende oder schon seit langem selbständig Tätige in den Vertrag involviert sind. Er erteilt daher regelmäßig eine Widerrufsbelehrung, obwohl im Einzelfall gar kein gesetzliches Widerrufsrecht besteht. Damit wird ein vertragliches Widerrufsrecht begründet, dass jeden

³³¹ Bei Sukzessivlieferungsverträgen, die z. B. mit einem Darlehen kombiniert wurden, musste etwa der Hinweis auf § 7 II VerbrKrG erfolgen; bei verbundenen Geschäften gemäß § 9 VerbrKrG war in der Belehrung auf das Schicksal des weiteren Geschäfts erforderlich.

³³² EuGH DB 2001, 2170

³³³ Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., § 1 VerbrKrG Rz. 4; Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 507 Rz. 3; Bülow/Artz NJW 2000, 2055

Abnehmer bzgl. des Widerrufsrechts einem Verbraucher gleichstellt³³⁴. Die Lieferantenseite versucht sich auf diese Weise die Rechtssicherheit zu schaffen, die angesichts der zahlreichen Änderungen in diesem Bereich von der Gesetzgebung nicht zu erwarten ist³³⁵.

III. Formerfordernisse

Für die Fragen des Vertragsabschlusses der hier behandelten Lieferungsverhältnisse spielen auch Formerfordernisse eine Rolle. Der Abschluss von zivilrechtlichen Verträgen unterliegt grundsätzlich der Vertrags- und damit auch der Formfreiheit. In der Praxis sind für langfristige Sukzessivlieferungsverträge jedoch schriftliche Vereinbarungen auf der Basis einer gewillkürten Schriftform gemäß § 127 BGB die Regel. Daneben sind für Sukzessivlieferungsverträge mit einer längeren Laufzeit und einer Bezugsbindung weitere Formvorschriften zu beachten.

- Verbraucherschutzrecht

Ein zwingendes Schriftformerfordernis entspringt verbraucherschutzrechtlichen Vorschriften. Seit dem Jahr 1969³³⁶ sah das bis zum 31. 12. 1990 gültige AbzG in § 1 a die Schriftform für Abzahlungsgeschäfte vor. Gemäß § 1 c Nr. 2, 3 AbzG war die Schriftform des § 1 a I S. 1, II AbzG auch auf die Verträge anzuwenden, die die regelmäßige Lieferung von Sachen gleicher Art oder die Verpflichtung zum wiederkehrenden Erwerb bzw. Bezug von Sachen zum Gegenstand hatten. Damit

³³⁴ Vgl. BGH NJW 1982, 2313; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 355 Rz. 18

³³⁵ Obwohl Widerrufsrechte mittlerweile zum Rechtsalltag gehören, ist noch auf einen weiteren Aspekt zu verweisen: für die Einführung von einzelnen Widerrufsrechten wurde nie eine einheitliche Begründung genannt, wenn man von dem generellen Gedanken des Verbraucherschutzes einmal absieht. Vielmehr waren die Begründungen je nach Gesetz ganz unterschiedlich. Für das HaustWG wurde für das Widerrufsrecht die Vermeidung von Überraschungseffekten sowie die Tatsache, dass keine Vergleichsmöglichkeiten für den Verbraucher bestünden, als Begründung in das Feld geführt, Gilles, NJW 1986, 1131; Teske, ZIP 1986, 626. Bei dem FernabsatzG stand die Tatsache im Vordergrund, dass der Verbraucher keine Kenntnis über den Anbieter hinsichtlich seiner Seriosität und Solvenz hatte, RegE BT-Drucksache 14/2568, S. 15. Hinsichtlich des VerbrKrG wurde auf die Komplexität der Materie wie auch auf die große wirtschaftliche Bedeutung derartiger Geschäfte für den Verbraucher verwiesen, v. Hippel, S. 199, Emmerich, JuS 1991, 705, Gilles, ZRP 1989, 307. Für das TzWrG wurde außerdem auf unbekannte ausländische Rechtsordnungen als Begründung hingewiesen, vgl. Martinek NJW 1997, 1396. Es stellt sich also ein Patchwork, aber keine einheitliche Begründung dar, warum es im einzelnen zugunsten von Verbrauchern Widerrufsrechte gibt. Für den Verbraucher stellen sich diese Erweiterungen der Widerrufsrechte als positiv dar, entheben sie ihn doch von der Obliegenheit, eigenverantwortlich vor der Abgabe von Willenserklärungen über deren Reichweite nachzudenken. Umgekehrt ist es wenig überzeugend, nur einzelne Dauerschuldverhältnisse mit einem verbraucherschützenden Widerrufsrecht zu versehen, der Schutzbedürftigkeit der Verbraucher bei anderen langfristigen Verträgen nicht zu entsprechen, vgl. Oetker, S. 473

³³⁶ Novelle vom 1. 9. 1969, BGBl. S. 1541

war die Schriftform auch für die hier zu behandelnden Sukzessivlieferungsverträge zu beachten. Es spielte dabei keine Rolle, welcher Art die zusätzlich vereinbarte Gegenleistung für das Bezugsrecht war. Handelte es sich dabei jedoch um ein Darlehen oder die Finanzierung von Inventar, war das AbzG natürlich auch wegen dieser Konstellation anwendbar³³⁷.

Zusätzliche Voraussetzung des Schriftformerfordernisses war, dass der Abnehmer gemäß § 8 AbzG kein in das Handelsregister eingetragener Kaufmann war. Da die Abnehmer bei derartigen Sukzessivlieferungsverträgen zwar in der Regel selbständig gewerblich tätig waren, aber häufig nicht die Kaufmannseigenschaft als eingetragener Kaufmann aufwiesen, spielte das AbzG und damit auch die geforderte Schriftform in diesen Absatzbranchen eine erhebliche Rolle.

Dies schien sich mit dem Inkrafttreten des VerbrKrG zum 1. 1. 1991 zu ändern. Zwar war auch hier in § 4 I S. 1, III VerbrKrG die Schriftform für Verbraucherverträge vorgeschrieben, die gemäß § 2 Nr. 2, 3 VerbrKrG die sukzessive Lieferung von Sachen zum Gegenstand hatten³³⁸. Durch die Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs des VerbrKrG auf Verbraucher gingen die Marktteilnehmer nun davon aus, dass die Bedeutung des Verbraucherrechts abnehmen würde. In der Praxis waren jedoch die Grenzfälle der Existenzgründer und sonstigen Mithaftenden zu beachten, was dazu führte, dass in diesen Fällen die Schriftform relevant blieb.

Auch nach der Schuldrechtsreform ist das Schriftformerfordernis weiter gültig, §§ 492, 502, 505 II 1 BGB. Dabei gibt es nunmehr einen Unterschied zwischen der strikten Schriftform des § 492 BGB und der Möglichkeit zur Formerleichterung bei Ratenlieferungsverträgen gemäß § 505 II 2, 3 BGB.

Wie bereits dargelegt, ist die Vertragspraxis jedoch dazu übergegangen, in der Regel das Verbraucherschutzrecht anzuwenden, um ein evtl. Risiko einer unterlassenen Widerrufsbelehrung zu vermeiden³³⁹. Aus den gleichen Gründen ist es üblich, dass auch die Kriterien der Schriftformerfordernisse aus dem Verbraucherschutzrecht beachtet werden. Um Differenzierungen für die einzelnen Absatzverträge zu vermeiden, wird in der Regel einheitlich von der strikten Fassung der Schriftform ausgegangen. Daraus folgt, dass die Schriftform für die Vertragspartner, die als Abnehmer (noch) den Verbraucherstatus besitzen, aus dem vorgenannten gesetzlichen Erfordernis abgeleitet wird. Handelt es sich bei dem Vertragspartner (nicht mehr) um Verbraucher, wird der Vertrag in gewillkürter Schriftform abgeschlossen.

³³⁷ In diesem Fall war die Schriftform des § 1 a AbzG natürlich insgesamt zu beachten, also auch bzgl. der Vertragsdetails des § 1 a I S. 2 AbzG

³³⁸ § 4 VerbrKrG galt natürlich insgesamt, wenn mit der Sukzessivlieferungspflicht eine Gegenleistung als Darlehen oder eine Finanzierung verbunden war; allerdings waren nun die Ausnahmeregelungen des § 3 VerbrKrG zu beachten.

³³⁹ S. o., D II 5

- Miet-, Pachtverträge

Auch in den Fällen, in denen die Verpachtung des Absatzobjekts mit der Bezugsverpflichtung kombiniert wird, ist die Schriftform relevant. Wird im Rahmen eines Pachtvertrages eine Bezugsverpflichtung übernommen, und weist der Vertrag eine längere Laufzeit als ein Jahr auf, ist die gesetzliche Schriftform der §§ 578 I, 550 I BGB (§ 566 BGB a. F.) zu beachten³⁴⁰. Bei den hier zu behandelnden Sukzessivlieferungsverträgen, die mit einer Gegenleistung in Form einer Verpachtung verknüpft sind, wird die Annahme nahe liegen, dass kein Teil des Vertrages (Verpachtung) ohne den anderen wesentlichen Teil (Bezugsverpflichtung) abgeschlossen worden wäre. Im Falle der Nichtbeachtung der Schriftform dürfte daher die Bezugsverpflichtung das Schicksal des Miet-/Pachtvertrages teilen³⁴¹, da sämtliche Abreden zu dem Vertrag der Schriftform unterliegen³⁴². Die Nichtbeachtung der Schriftform zöge als Rechtsfolge jedoch entgegen § 125 BGB nicht automatisch die Nichtigkeit des Gesamtvertrages nach sich. Der Vertrag wäre vielmehr auf unbestimmte Zeit geschlossen und nach frühestens einem Jahr mit den regelmäßigen Kündigungsfristen des Miet- und Pachtrechts kündbar, §§ 578 I, 550 S. 1 und 2 BGB³⁴³. Auf Grund der Nichteinbarkeit der jeweiligen Vertragsteile hätte die Nichteinhaltung der Formvorschrift auch Auswirkungen auf die Bezugsverpflichtung: Der Lieferant hätte lediglich eine auf ein Jahr sichere Bezugsverpflichtung und müsste sich anschließend auf ein sich im Rahmen der regelmäßigen Kündigungsfrist jeweils revolvierendes und damit für den Lieferanten relativ uninteressantes Bezugsrecht einstellen. Auch die Beachtung der miet- bzw. pachtvertraglichen Schriftform ist also für den Lieferanten wesentlich, da ansonsten der Pächter versuchen könnte, mit Hilfe einer fehlerhaften Schriftform vorzeitig den Vertrag zu beenden.

Darüber hinaus bedarf auch der Eintritt eines neuen Pächters - anstelle des bisherigen Mieters oder Pächters - in einen bereits bestehenden Vertrag mit einer längeren Laufzeit von einem Jahr der Form der §§ 578 I, 550 S. 1 BGB³⁴⁴.

Die Laufzeit der Bezugsverpflichtung ist bei dieser Vertragsgestaltung an die Laufzeit der Verpachtung gekoppelt. Eine Bezugsbindung ohne zeitliche Begrenzung, die lediglich an den Tatbestand der Verpachtung einer Gaststätte gebunden ist und die im Grunde nur durch eine Aufgabe der Gaststätte (etwa durch eine zweckentfremdende Verpachtung der Räume) zu beenden ist, hat der BGH als unangemessen beurteilt³⁴⁵.

³⁴⁰ Zur Verpachtung als Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung vgl. oben C. II. 4.

³⁴¹ Vgl. BGH WM 1991, 1675 mit Anm. Thamm/Detzer, EWiR 1991, 833

³⁴² Emmerich/Sonnenschein, § 566 Rz.6

³⁴³ Bub/Treier, II, Rz. 779; Emmerich/Sonnenschein, § 566, Rz. 12

³⁴⁴ BGH NJW 1975, 1653; BGH NJW 1979, 369

³⁴⁵ BGH NJW 1970, 279; im Wege der Vertragsauslegung könnte jedoch eine Befristung auf 30 Jahre in Anlehnung an vergleichbare gesetzliche Regelungen (§§ 567, 1202 II BGB) in Frage kommen, vgl. RG JW 1927, 119; ebenso OLG Zweibrücken OLG Zweibrücken 2000, 153 f., zu einem Verwaltungsvertrag mit einer Brauerei

- Kartellrecht

Bis Ende des Jahres 1998 war für Ausschließlichkeitsbindungen die Schriftform des § 34 GWB a. F. zu beachten. In der Rechtsprechung konzentrierte sich die kartellrechtliche Problematik bei Sukzessivlieferungsverträgen mit einer Bezugsbindung häufig auf dieses Schriftformerfordernis. Auch vom Gesetzgeber war die Schriftform bis zur Novellierung des GWB im Jahr 1998 (6. GWB-Novelle, in Kraft getreten zum 1. 1. 1999) zur Überprüfung des Einzelfalls für die in Betracht kommende kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht etwa nach § 18 I Nr. 2 a. F. GWB (heute § 16 Nr. 2 GWB) vorgesehen³⁴⁶. Da die alte Rechtslage für die vor der Novellierung des GWB abgeschlossenen Verträge noch weiter Gültigkeit hat³⁴⁷, gelten die Regeln des § 34 GWB a. F. nach wie vor für langfristige Verträge mit einer auch heute noch andauernden Laufzeit. Daher sollen hier die maßgeblichen Rechtsprechungsgrundsätze kurz erörtert werden:

Der Schriftform des § 34 a. F. GWB unterlagen nicht nur die Bestimmungen über die Bezugsbindung. Vielmehr musste der gesamte Vertragsinhalt mit allen für die Vertragsgestaltung maßgeblichen Punkte der Schriftform des § 34 GWB a. F. entsprechen. Damit sollte die Kartellbehörde in die Lage versetzt werden, den Einzelfall überprüfen zu können, ohne auf außerhalb des Vertrages liegende Umstände zurückgreifen zu müssen³⁴⁸. Eine mit einer Ausschließlichkeitsbindung verknüpfte Gegenleistung wie z. B. ein Darlehen war daher ebenfalls entsprechend § 34 GWB a. F. schriftlich abzufassen³⁴⁹. Bei einer Verletzung des Schriftformerfordernisses fanden die §§ 125, 126 BGB Anwendung³⁵⁰.

Verstieß ein Vertrag gegen dieses Schriftformerfordernis, wurde nach der Rechtsprechung grundsätzlich der gesamte Vertrag von der Nichtigkeitsfolge³⁵¹ einschließlich der Ausschließlichkeitsbindung erfasst. Eine grundsätzlich mögliche Umdeutung gemäß § 140 BGB in einen Vertrag ohne Ausschließlichkeitsvereinbarung hätte in der Regel nicht durchgreifen können, weil nicht anzunehmen war, dass der Vertrag bei Kenntnis der Nichtigkeit auch ohne Ausschließlichkeitsbindung abgeschlossen worden wäre³⁵².

³⁴⁶ Heute ist die Schriftform nur noch in § 15 II GWB n. F. für Verlagserzeugnisse vorgesehen; allerdings gibt es Bestrebungen, die Schriftform entsprechend § 34 GWB a. F. wieder einzuführen, vgl. Bechthold Einf., Rz. 22

³⁴⁷ BGH NZM 1999, 664; BGH NJW-RR 1999, 689; insbesondere viele Pachtverträge, die eine Bezugsverpflichtung enthalten, dürften ihren Ursprung noch häufig aus der Zeit vor 1999 haben.

³⁴⁸ Immenga-Mestmäcker, 2. Aufl., § 34, Rz. 26; v. Gamm, § 34, Rz. 3

³⁴⁹ BGH ZIP, 1984, 335; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 563; Martinek/Semler § 22, Rz. 19; Gruber, NZM 1999, 1073

³⁵⁰ § 126 II BGB kam gemäß § 34 S. 4 GWB a. F. nicht zur Anwendung

³⁵¹ BGH NJW 1976, 1743; Immenga-Mestmäcker, 2. Aufl., § 34, Rz. 106; v. Gamm, § 34, Rz. 9

³⁵² BGH NJW 1976, 1743; OLG Hamm NJW-RR 1992, 563

Nur völlig unbedeutende Nebenabreden ohne jede Bedeutung für die kartellrechtliche Bewertung waren von der Schriftform ausgenommen³⁵³. So sollte eine Nachtragsvereinbarung, die allein die Instandhaltung von Leihmobiliar betraf, von der Schriftform des § 34 GWB a. F. ausgenommen sein, da die in dem ursprünglichen Vertrag benannte Bezugsverpflichtung hiervon unberührt blieb³⁵⁴, und die Nachtragsvereinbarung daher für die Beurteilung der Kartellbehörde ohne Belang war. Die Auswechslung von zwei verpflichteten Warensorten, auf die sich die Vertragsparteien später mündlich geeinigt hatten, unterlag ebenfalls nicht der Schriftform des § 34 GWB a. F.³⁵⁵

Auch eine vorab abgeschlossene schuldrechtliche Sicherungsvereinbarung³⁵⁶ bezüglich einer Grunddienstbarkeit für eine erst noch abzuschließende Bezugsbindung unterlag nicht dem Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F., weil noch keine Ausschließlichkeitsbindung im Sinne des § 18 GWB vorlag, die die Kartellbehörde hätte überprüfen können³⁵⁷. Dem Schriftformerfordernis wurde auch dann genügt, wenn die Vertragspartner den bereits unterschriebenen Vertragstext nachträglich einvernehmlich um Zusätze ergänzten, die von den bereits erfolgten Unterschriften räumlich gedeckt waren³⁵⁸.

Allerdings war der Umfang der Schriftform nach § 34 GWB a. F. immer wieder Gegenstand von zahlreichen Rechtsstreitigkeiten. Innerhalb der schriftlichen Urkunde konnte auf weitere Schriftstücke verwiesen oder Bezug genommen werden. Dabei kam es für die Einhaltung der Schriftform darauf an, ob die Urkunden für eine größere Anzahl von zu regelnden Fällen einheitlich galten, ob sie für die zuständigen Behörden und Gerichte zweifelsfrei bestimmbar und der kartellrechtlichen Überprüfung nicht entzogen waren³⁵⁹. Nicht ausreichend war es, wenn ein wesentlicher Vertragsbestandteil nicht in der Vertragsurkunde, sondern lediglich in der Empfangsbestätigung niedergelegt worden war³⁶⁰.

Wesentliche Bedeutung hatte das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. für die Preisabsprachen. Die vereinbarten Bezugspreise gehörten zu den wesentlichen, schriftlich zu vereinbarenden Punkten, da sie maßgeblich für die Beurteilung durch

³⁵³ BGH NJW 1970, 2157; NJW 1976, 1743; Martinek/Semler § 22, Rz. 17; für die selbstverständliche Lieferpflicht des Produzenten vgl. BGH NJW 1968, 403, für die ebenso selbstverständliche Unterlassungspflicht des exklusiv gebundenen Abnehmers, von Dritten zu beziehen, BGH NJW 1970, 1131. Bei einem Automatenaufstellvertrag mit Ausschließlichkeitsbindung brauchte die Typenbezeichnung der Automaten nicht in den schriftlichen Vertrag mit aufgenommen zu werden, BGH MDR 1980, 50. Auch das bloße Inaussichtstellen einer einvernehmlichen Vertragsauflösung bedurfte nicht der Schriftform, da hierbei lediglich ein Einigungsversuch angestrebt wurde, OLG Frankfurt EWiR 1993, 729

³⁵⁴ OLG Frankfurt, GRUR 1989, 71; hierzu Thamm/Detzer, EWiR 1989, 207

³⁵⁵ BGH NJW 2001, 2331 f.

³⁵⁶ Vgl. Kap. F I.

³⁵⁷ BGH WM 1988, 765; hierzu Klaas, EWiR 1988, 465

³⁵⁸ OLG Köln, GRUR 1990, 60, vgl. hierzu Thamm/Detzer EWiR 1990, 383

³⁵⁹ BGH WuW/E BGH 2037 vom 14. 6. 1983, vgl. auch Bunte, AGBE IV Nr. 116 zu § 9

³⁶⁰ OLG Saarbrücken, NJW-WettbR 2000, 63

die Kartellbehörde waren³⁶¹. Es sollte über die gesamte Laufzeit des Vertrages zu jeder Zeit gewährleistet sein, die Preise bestimmen zu können³⁶². Angesichts langjähriger Laufzeiten reichte es jedoch aus, dass eine Bezugnahme auf die schriftlich fixierten, jedermann zugänglichen und jeweils gültigen Preislisten erfolgte³⁶³, § 34 III GWB a. F. Diese Bezugnahme musste allerdings in dem schriftlich abzufassenden Bezugsvertrag aufgenommen sein. Der bloße Umstand, dass derartige Preislisten branchenüblich sein mochten, genügte für das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. nicht³⁶⁴.

Hatten die Parteien jedoch keinerlei Absprache über die zu entrichtenden Preise getroffen, lag diesbezüglich naturgemäß überhaupt keine Absprache vor, die dann auch nicht der Schriftform unterliegen konnte³⁶⁵. Der § 34 GWB a. F. verlangte zwar, dass Verträge mit Bezugsbindungen gemäß § 18 GWB vollständig schriftlich niedergelegt wurden, enthielt aber andererseits keine inhaltliche Anforderungen an den Vertrag³⁶⁶. Nur wenn die Parteien auf Preislisten Bezug nahmen und einen entsprechenden Vertragsinhalt vereinbarten, unterlag dies der Schriftform³⁶⁷.

Sollte eine bereits bestehende Bezugsverpflichtung auf einen neuen Vertragspartner weiter übertragen werden, war die kartellrechtliche Schriftform nicht von vorne herein eindeutig und daher verschiedentlich Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung. Zunächst ging der BGH davon aus, dass die Kartellbehörde beim ersten Abschluss des Belieferungsvertrages entsprechend dem Gesetzeszweck die Bezugsbindung bereits hat nachprüfen können³⁶⁸. Die Bezugsbindung änderte sich ja inhaltlich nicht, wenn der Vertrag auf einen Dritten übertragen wurde.

In der Folgezeit wurde die Vertragsübernahme oder der Vertragsbeitritt jedoch von der Rechtsprechung stets der Form des § 34 GWB a. F. unterworfen³⁶⁹. Dabei reichte es für die Einhaltung der Schriftform aus, wenn der Folgevertrag auf den ersten Vertrag deutlich Bezug nahm. Das erscheint auch folgerichtig, da die

³⁶¹ BGH WM 1978, 216; BGH WM 1979, 675

³⁶² BGH WM 1978, 216

³⁶³ BGH WM 1978, 216; BGH WM 1979, 493; noch großzügiger war das OLG München, das eine Bezugnahme auf die „ortsüblichen Preise“ ausreichen ließ, WRP 1979, 395; oder BGH WuW/E BGH 1988 mit einer schriftlichen Vereinbarung, dass die „bei der Brauerei üblichen Preise“ ausreichen; Flohr, S. 121 für Franchiseverträge: Die Bezugnahme auf eine Liste reiche aus.

³⁶⁴ BGH WM 1979, 675

³⁶⁵ BGHZ 119, 283; hierzu Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101; ebenso OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2396; BGH DB 1990, 1323 bestätigt dies für einen Automatenaufstellvertrag, in dem sich die Parteien noch nicht auf die Anzahl von Automaten geeinigt hatten.

³⁶⁶ BGH GRUR 1981, 675

³⁶⁷ BGH DB 1981, 2074; indem auch derartige einseitige Bestimmungsrechte der Schriftform des § 34 GWB a. F. unterworfen wurden, sollten intransparente einseitige Preisbestimmungen nach Abschluss des Bezugsvertrages vermieden werden, BGH WM 1979, 675; BGH LM GWB § 34 Nr. 14; BGH WM 1984, 88; BGH WM 1992, 2104; Immenga-Mestmäcker, 2. Aufl., § 34, Rz. 31

³⁶⁸ BGH GRUR 1978, 319; BGH vom 2. 7. 1987, III ZR 186/86; vgl. auch OLG Stuttgart WuW/E OLG 4677

³⁶⁹ BGH NJW-RR 1986, 724; BGH LM GWB § 15 Nr. 13 für eine Erfüllungsübernahme; LG Köln, NJW-RR 1994, 242; v. Gamm, § 34, Rz. 5

Kartellbehörde dem Erstvertrag in der Regel nicht entnehmen konnte, ob, wer und in welchem Umfang ein Übernehmer sich der Bezugsbindung unterwarf³⁷⁰.

Das Schriftformerfordernis nach § 34 GWB a. F. wurde vom BGH jedoch auch dann bejaht, wenn statt eines Konzernunternehmens ein Schwesterunternehmen in einen Alleinvertriebsvertrag eintrat, da die Kartellbehörde hier die wettbewerblichen Auswirkungen der Vertriebsbindung ggf. neu beurteilen musste³⁷¹.

Dagegen war die bloße Verpflichtung des Grundstückseigentümers einer Absatzstätte gegenüber einem Produzenten, einem möglichen Pächter des Objekts eine Bezugsbindung an den Produzenten aufzuerlegen, nicht der Schriftform des § 34 GWB a. F. unterworfen worden, da es gerade in dieser Vereinbarung an einem Bezug von Waren fehlte³⁷². Erst bei dem weiteren Vertrag zwischen Verpächter und dem Pächter mit einer dann darin enthaltenen Bezugsverpflichtung zugunsten des Produzenten kommt es für die Schriftform des § 34 GWB a. F. bedingende Bezugspflicht allein auf das Vertragsverhältnis zwischen Schuldner und Versprechensempfänger an³⁷³. Zudem war in diesen Fällen das GWB nicht anwendbar, da ein Grundstückseigentümer in der Regel kein Unternehmer im Sinne des GWB war.

Die Vielzahl von Entscheidungen zur Schriftform des § 34 GWB a. F.³⁷⁴ bestätigt die eigenen Erfahrungen des Verfassers, dass diese Vorschrift häufig von den Abnehmern als Hebel benutzt wurde, um unbequem gewordenen Pflichten aus im Nachhinein ungeliebten Bezugsverträgen zu entkommen³⁷⁵. Die ausufernde Rechtsprechung zu § 34 GWB a. F. zeigt, dass diese Vorschrift mit der Zeit ein Eigenleben entwickelte, welches die dort vorgesehene Schriftform zu einem Selbstzweck hat werden lassen. Der Verzicht des Gesetzgebers auf dieses Formerfordernis war daher nur konsequent.

IV. Fazit

Die Ausführungen zeigen, dass bereits der Abschluss von Sukzessivlieferungsverhältnissen zahlreiche Anwendungsprobleme aufweist. Neben den ggf. zu beachtenden Aufklärungspflichten und den im Einzelfall maßgeblichen

³⁷⁰ Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. § 34 Rz. 23 m.w.N.; Axter GRUR 1978, 321 f.

³⁷¹ BGH GRUR 1978, 320

³⁷² BGH BB 1966, 50; anders BGH WM 1980, 1309, wenn der Grundstückseigentümer diese Verpflichtung im Rahmen von bestehenden Geschäftsbeziehungen eingegangen wäre; ebenso für vereinbarte Bezugspflichten mit einem „zwischenengeschaltetem“ Verpächter Immenga-Mestmäcker, 2. Aufl., § 34, Rz. 25.

³⁷³ BGH NJW 1970, 2157

³⁷⁴ Vgl. für weitere Einzelfälle zur engen Auslegung des § 34 GWB a. F. Martinek/Semler, § 22 Rz. 14

³⁷⁵ So auch Bechthold Einf., Rz. 22

Schriftformerfordernissen spielen vor allem die Verbraucherrechte, insbesondere die Widerrufsrechte bis heute selbst in diesem an sich gewerblichen Bereich eine wesentliche Rolle. Auffallend ist auch, dass alle drei Bereiche, die am Beginn eines Sukzessivlieferungsverhältnisses stehen, die Aufklärungs- und Widerrufspflichten wie auch die Schriftform, in den letzten Jahren zahlreiche und z. T. erhebliche gesetzliche Änderungen erfahren haben. Eventuelle Fehler können sich beim Vertragsabschluss auf den Bestand des Vertrages auswirken und bergen damit auch wirtschaftlich für den Lieferanten ein erhebliches Risiko. Es liegt daher auf der Hand, dass die in immer schnellerem Rhythmus auftretenden Gesetzesänderungen den Lieferanten, der auf diese Verträge angewiesen ist, zu ständiger und sorgfältigster Beobachtung der Gesetzgebung zwingen, um ggf. seine Vertragsmuster anzupassen. Selbst ein kleiner Hinterhofgetränkeshändler kann daher seinen beruflichen Alltag kaum ohne juristischen Beistand meistern.

Obwohl es bereits früher zahlreiche Beschwerden über die Erfordernisse des AbzG gab, erscheint heute vielen Lieferanten die Zeit zwischen der Mitte der siebziger Jahre bis zum Anfang der neunziger Jahre des letzten Jahrhunderts als eine Ära, in der stabile, berechenbare Verträge abgeschlossen werden konnten, während heute durch die vielen gesetzlichen Änderungen unnötige Risiken den Bestand solcher Verträge gefährden. Neben diesen Risiken gibt es für die Produzenten/Lieferanten zusätzlich noch Grenzen zu beachten, die ihnen das allgemeine Zivilrecht, aber auch das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht hinsichtlich des Vertragsinhalts, insbesondere bzgl. der Laufzeit solcher Verträge auferlegt.

E. Das Ausmaß der für das Erlangen der Gegenleistung eingegangenen Bezugsverpflichtungen

Ein weiterer wesentlicher Schwerpunkt derartiger Sukzessivlieferungsverträge besteht in den Fragen, die sich mit der Ausgewogenheit einer eingegangenen Bezugsverpflichtung einerseits und der gewährten Gegenleistung andererseits befassen.

Seit langem ist ein Zusammenhang zwischen dem Ausmaß der Bezugsbindung und der erhaltenen Gegenleistung³⁷⁶ anerkannt. Je größer die vertraglich vereinbarten Leistungen des Produzenten/Lieferanten sind, desto einschneidender können im Einzelfall die Bindungen sein, die der Abnehmer seitens des Lieferanten hinnehmen muss³⁷⁷. Je wertvoller die Gegenleistung für den Abnehmer ist und je größer für den Lieferanten und Vertragspartner das übernommene Risiko ist³⁷⁸, desto gravierender können die für den Abnehmer hinzunehmenden Bindungen sein³⁷⁹. Je länger allerdings die Bezugsverpflichtung dauert, desto näher liegt die Annahme, dass der zugrunde liegende Vertrag sittenwidrig ist³⁸⁰.

Die Kriterien der Prüfung, ob eine Bezugsbindung (noch) zulässig ist, ergeben sich allein aus den Vertragsbestimmungen. Das sind im wesentlichen:

- Das Ausmaß der Produktbindung³⁸¹,
- der Umfang der räumlichen Bindung für die verpflichteten Waren³⁸²,
- die zeitliche Bindung des Abnehmers für die Abnahme der Produkte³⁸³.

Freiwillige Leistungen des Lieferanten ohne vertragliche Grundlage, die aus Kulanz möglicherweise während des laufenden Vertrages gewährt werden, spielen bei der Beurteilung von Leistung und Gegenleistung grundsätzlich keine Rolle³⁸⁴.

Es bedarf daher stets einer Abwägung und Würdigung des jeweiligen Einzelfalls, ob sich aus dem Zusammenhang zwischen den einzelnen Inhalten, dem Motiv und Zweck des Vertrages ergibt, dass die Grenze des Zulässigen überschritten ist³⁸⁵. Eine solche Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht überprüft diese Würdigungen der Tatsacheninstanz nur unter dem Gesichtspunkt

³⁷⁶ Zu den Gegenleistungen vgl. oben Kap. C I, II

³⁷⁷ BGH NJW 1974, 2089

³⁷⁸ Man denke an in der Person eines Abnehmers liegende Umstände, wie z. B. Kreditwürdigkeit, oder an nicht voll werthaltige Sicherheiten

³⁷⁹ BGH LM BGB § 138 (Bb) Nr. 35; BGH WM 1984, 88; BGH NJW 1985, 2693 (dazu Bunte, EWIR 1985, 137)

³⁸⁰ BGH NJW 1970, 279

³⁸¹ S. Kap. E I

³⁸² S. Kap. E II

³⁸³ S. Kap. E III

³⁸⁴ BGH ZIP 1984, 335; BGHZ 100, 353

³⁸⁵ So schon RG JW 1935, 2553; BGH NJW 1979, 2149 m. w. N.

etwaiger Rechtsfehler. Allerdings ist bei Untersuchungen langfristiger Sukzessivlieferungsverträge nicht immer eine scharfe Trennung der Prüfungskriterien des § 138 BGB von denen des (vor dem Inkrafttreten des AGBG) § 242 BGB gelungen³⁸⁶.

I. Das Alleinvertriebsrecht von Produkten

Eine Ausschließlichkeitsbindung des Abnehmers entspricht dem berechtigten Interesse seines Vertragspartners an einer Amortisation seiner Gegenleistung und ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden. Insofern ist der Ausschluss von Konkurrenzprodukten durch die Vereinbarung einer Alleinvertriebsvereinbarung keine unbillige Beschränkung des Abnehmers³⁸⁷. Die Ausschließlichkeitsbindung kann jedoch zusätzlich mit anderen belastenden Vertragsbestimmungen den Abnehmers besonders stark einschränken³⁸⁸.

Eine gewisse Bedeutung für die Bewertung der Frage, ob sich eine Bezugsverpflichtung noch im Rahmen der guten Sitten bewegt, kann dem Umstand zukommen, ob und in welchem Ausmaß dem Abnehmer ein Fremdbezug gestattet ist. Kann der Abnehmer vertraglich zulässig Vertragswaren nicht nur ausschließlich vom Vertragspartner, sondern auch von dritter Seite beziehen? Damit würde dem Abnehmer die Möglichkeit eingeräumt, sich flexibel an sich ändernde Publikums- und Marktwünsche anzupassen³⁸⁹. Unter diesem Gesichtspunkt kann es auch eine Rolle spielen, ob der Abnehmer von seinem Vertragspartner, etwa einem Fachgroßhändler mit breitem Sortiment, ein breit gefächertes Angebot präsentiert bekommt, um so seinem Publikum ein jeweils aktuelles Angebot unterbreiten zu können³⁹⁰. Die Möglichkeit des Bezugs anderweitiger Waren kann somit andere, weitergehende Bindungen rechtfertigen.

Darüber hinaus unterliegen Alleinvertriebsbindungen - wie sonstige Bezugsbindungen - unabhängig vom Umfang der Bindung der Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden, § 16 Nr. 2 GWB (§ 18 I Nr. 2 GWB a. F.)³⁹¹. Daraus ergibt sich jedoch nicht ein individualrechtlicher Anspruch auf das Einschreiten der

³⁸⁶ BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1974, 2089

³⁸⁷ BGH NJW 1971, 1034; BGH ZIP 1982, 1449; Liesegang BB 1991, 2382

³⁸⁸ BGH WM 1969, 20 für einen Automatenaufstellvertrag, in dem neben der Ausschließlichkeit zusätzlich bestimmt war, dass es in das Belieben des Aufstellers gestellt war, wie viele und welcher Art von Geräte und auf welchen Aufstellplätzen diese Geräte aufgestellt wurden.

³⁸⁹ BGH DB 1973, 1843

³⁹⁰ BGH MDR 1952, 222; in der Gastronomie ist im Laufe der Zeit die Erstreckung einer Bezugsverpflichtung auch auf nichtalkoholische Getränke so üblich geworden, dass deren Einbeziehung bei der Bewertung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung nicht mehr herangezogen werden soll, vgl. Paulusch, 8. Aufl., S. 57

³⁹¹ BGH NJW 1976, 1743; BGH BB 1978, 418; BGH WM 1979, 234; OLG Hamm NJW-RR 1992, 563; Immenga-Mestmäcker, 3. Aufl., § 16 Rz. 62

Kartellbehörde zugunsten des Bezugsverpflichteten, den dieser oder ein Konkurrent des Lieferanten geltend machen könnte³⁹². Die Kartellbehörde besitzt nach den für sie maßgeblichen Opportunitätsgesichtspunkten lediglich einen entsprechenden Ermessensspielraum³⁹³.

Darüber hinaus hat das Diskriminierungsverbot des § 26 GWB a. F.³⁹⁴ für die Beurteilung von Alleinvertriebsrechten keine erheblichen praktischen Auswirkungen entwickelt. In der Regel führen die Auswirkungen von Alleinbezugsverträgen weder zu einer unbilligen Behinderung von Konkurrenten, § 26 II GWB³⁹⁵, noch stellen sie einen unzulässigen Boykottaufwurf im Sinne des § 26 I GWB dar³⁹⁶. Auch eine Abhängigkeit des Abnehmers vom Lieferanten im Sinne des Konzernrechts wird man auf Grund des Alleinvertriebsrechts nicht bejahen können³⁹⁷.

II. Die räumliche Ausdehnung einer Bezugsverpflichtung

Maßgeblich für die Beurteilung einer Bezugsbindung ist auch deren räumliches Ausmaß. Eine Bezugsverpflichtung wird in der Regel für eine oder mehrere bestimmte Absatzstätten vereinbart. In einigen Musterverträgen werden darüber hinaus so genannte Erstreckungs- bzw. Erweiterungsklauseln aufgenommen. Danach verpflichtet sich der Abnehmer z.B.,

- neue Verkaufsstellen in der verpflichteten Absatzstätte ebenfalls der Bezugsverpflichtung zu unterstellen, etwa wenn eine Gastwirtschaft während der Vertragslaufzeit einen neuen Saal oder einen Biergarten eröffnet; dies dürfte für den Abnehmer eine noch kalkulierbare und sachgerechte Spezifizierung der Bezugsverpflichtung bedeuten, da die Absatzstätte nach wie vor ein einheitliches äußeres Erscheinungsbild aufweist, daher als Einheit zu betrachten ist und damit einheitlich gebunden werden kann
- im Falle des Erwerbes oder der Anpachtung neuer, anderer Absatzstätten seine Bezugsverpflichtungen auch auf diese neuen Objekte auszudehnen

Diese zweite Alternative stellt einen unzulässigen, unangemessenen Eingriff in die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Abnehmers dar. Denn zum einen bleiben dem

³⁹² Bechthold § 16, Rz. 13

³⁹³ BGH BB 1978, 418; der Spielraum wird jedoch nur selten ausgenutzt, vgl. Immenga-Mestmäcker, 3. Aufl., § 16 Rz. 55, 62, 63; Bechthold § 16 Rz. 2; Ausnahme war z. B. eine Bezugsbindung bei Kfz-Ersatzteilen, vgl. BKartA BB 1979, 748

³⁹⁴ Heute: § 26 I GWB a. F. = § 21 I GWB, n. F.;
§ 26 II - V GWB a. F. = § 20 I - V GWB n. F.

³⁹⁵ BGH MDR 1973, 832; denkbar bei Gesamtbedarfsbezugsvereinbarungen in der Strom- und Gaswirtschaft, vgl. Immenga-Mestmäcker, 3. Aufl., § 20 Rz. 198; Bechthold § 20 Rz. 5

³⁹⁶ BGH (1980) WuW/E BGH 1786

³⁹⁷ Bayreuther, S. 341 f.

Abnehmer bei der Akquisition weiterer Absatzstätten diejenigen Objekte verschlossen, die - etwa über den Hauseigentümer - bereits einer anderweitigen Abnahmeverpflichtung unterliegen, und die der Abnehmer nicht übernehmen kann, wenn er an seinen Erstlieferanten gebunden wäre³⁹⁸. Zum anderen wäre der Abnehmer, der neue Objekte erschließen will, daran gehindert, hier notwendige Investitionen dadurch zu finanzieren, dass er weitere Bezugsverpflichtungen als Gegenleistung für entsprechende Darlehen, Inventarisierungen etc. eingehen kann. Eine derartig weitreichende Ausdehnung der Bezugsverpflichtung kollidiert auch mit der Tatsache, dass der Lieferant/Produzent in der Regel seine Gegenleistung, sei es ein Darlehen oder erst recht eine Verpachtung, an ein konkretes Objekt knüpft. Daher erscheint es unbillig, diesem Produzenten Lieferrechte über das konkrete Objekt hinaus in weitere Absatzstätten einräumen zu wollen, in die keine Gegenleistung des Lieferanten geflossen ist.

III. Die zeitliche Ausdehnung der Bezugsverpflichtung

Die Wirksamkeit langfristiger Sukzessivlieferungsverträge wurde vor dem Inkrafttreten des AGBG im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Beschränkung des Abnehmers geprüft. Oft wurde in diesen Fällen der Maßstab des § 138 BGB mit dem von Treu und Glauben (§ 242 BGB) vermengt, ohne dass die Prüfungskriterien von § 138 I BGB und § 242 BGB stets ganz scharf voneinander abgegrenzt wurden³⁹⁹. Nach 1976 wurden Laufzeitregelungen auch nach dem AGBG geprüft, sofern sie in vorformulierten Klauseln enthalten waren. Daneben wurde das Recht der Europäischen Gemeinschaft für die Beurteilung der Laufzeiten immer wichtiger, so dass diesem Komplex ein besonderer Abschnitt zu widmen ist⁴⁰⁰.

III. 1. Die Laufzeitbegrenzung nach deutschem Recht

Die weitere Darstellung wird sich zunächst mit den Schranken des deutschen Rechts aus § 138 BGB für Warenbezugsverpflichtungen sowie anschließend mit der Anwendbarkeit des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen befassen.

³⁹⁸ BGH NJW 1969, 230; BGH WM 1982, 712; BGH ZIP 1982, 1449; BGH, WuW/E BGH 2037; vgl. auch Bunte AGBE IV Nr. 116 zu § 9

³⁹⁹ BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1974, 2089

⁴⁰⁰ Vgl. Kap. E III 2.

III. 1. 1. Die Grenzen des § 138 BGB

Langfristige Sukzessivlieferungsverträge sind grundsätzlich seit langem anerkannt. Der Spielraum für eine zeitliche Ausdehnung wird jedoch dann erreicht, wenn die Bezugsbindung die wirtschaftliche Freiheit des Abnehmers übermäßig einschränkt⁴⁰¹. Daher hat die Rechtsprechung diese Verträge gemäß § 138 I BGB entscheidend daran gemessen, ob die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Abnehmers in unvertretbarer Weise eingeengt wird und er in eine mit den Anschauungen des redlichen geschäftlichen Verkehrs nicht mehr zu vereinbarende Abhängigkeit zum Lieferanten/Produzenten gerät⁴⁰². Was darunter im Einzelnen zu verstehen ist, hat sich allerdings im Laufe der Zeit sehr geändert.

- Die Rechtsprechung bis zu den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts

Zunächst gab es bei der Beurteilung langfristiger Lieferbindungen von Waren eine ausgesprochen großzügige Rechtsprechung. In den 50er und 60er Jahren des 20. Jahrhunderts waren sogar noch Laufzeiten von bis zu 30 Jahren für zulässig erachtet worden⁴⁰³; eine zeitlich nicht beschränkte Bezugsbindung war freilich schon seit langem nicht mehr akzeptiert worden⁴⁰⁴.

Erstmals zu Beginn der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts hatte der BGH einen Zeitraum von 20 Jahren als äußerste Grenze dessen bezeichnet, was bei erheblichen Gegenleistungen der Lieferanten und nur einer hälftigen Bezugsverpflichtung des Gebundenen gerade noch zulässig war⁴⁰⁵. Der Gebundene konnte in diesem Fall 50 % seines Warenbedarfs frei von Dritten beziehen. Bindungen, die diese Dauer überstiegen, waren allein schon wegen ihrer übermäßigen Dauer geeignet, die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Abnehmers in unzumutbarer Weise einzunengen.

Zwar wurde kurze Zeit später noch einmal eine Bezugsdauer von 23, 5 Jahren als noch zulässig erachtet⁴⁰⁶. Es handelte sich hier jedoch um einen nicht verallgemeinerungsfähigen Fall, bei dem sich der Abnehmer in einem gerichtlichen Vergleich zu dieser Bezugsdauer verpflichtete. Zuvor war er ausführlich über den Umfang der einzugehenden Bindung und des damit verbundenen Risikos aufgeklärt worden. Außerdem waren z. Zt. des Vergleichs bereits 10 Jahre der Bezugsbindung abgelaufen, die auf die Bezugsdauer von 23, 5 Jahren angerechnet wurden. Der Abnehmer war mit dem Vergleich gerade deswegen einverstanden, weil der Lieferant

⁴⁰¹ RG JW 1927, 119

⁴⁰² BGH NJW 1972, 1459; BGH MDR 1987, 490 (mit Anmerkung Thamm, EWiR 1987, 221); OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1992, 318 f.; Larenz AT, S. 752

⁴⁰³ BGH DB 1959, 1367; BGH v. 5. 10. 1966, VIII ZR 75/64 (unveröffentlicht)

⁴⁰⁴ RG JW 1927, 119; Bauer-Mengelberg, S. 92 f.; Jickeli, S. 160

⁴⁰⁵ BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1972, 1459

⁴⁰⁶ BGH DB 1973, 1843

die für ihn sehr wesentliche Zweckentfremdung eines Teils der gebundenen Absatzstätte nachträglich toleriert hatte, ohne hierzu verpflichtet gewesen zu sein.

Die seinerzeitige Festlegung der Rechtsprechung auf eine maximale Höchstdauer von etwa 20 Jahren bedeutete jedoch keine schematische Limitierung derartiger Bezugsverträge. Diese wurden bzgl. der Bezugsdauer weiterhin individuell an Hand des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung beurteilt. Der Zeitrahmen von 20 Jahren stellte lediglich die maximale Dauer für eine Bezugsverpflichtung dar, die nicht aus sich heraus jegliche Bezugsverpflichtung mit einer solchen Laufzeit sanktioniert hätte. Insbesondere dem Umstand, ob dem Abnehmer ein Fremdbezug gestattet war und er insofern auf Publikumswünsche flexibel reagieren konnte, wurde immer wichtiger⁴⁰⁷. Seit den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts zeigte sich die Tendenz, Bezugsverpflichtungen auf das gesamte Warensortiment des Abnehmers auszudehnen⁴⁰⁸, so z. B. in der Gastronomie, in der zunehmend auch nichtalkoholische Getränke in die Abnahmeverpflichtung mit aufgenommen wurden.

- Kriterien für eine Laufzeitbeurteilung bis heute

Bei der Beurteilung der höchstzulässigen Laufzeit am Maßstab des § 138 BGB lassen sich aus der Rechtsprechung keine schematischen oder allgemein gültigen Vorgaben für den Einzelfall entnehmen. Vielmehr ist für diese Beurteilung die konkrete Ausgestaltung des Vertrages und seiner einzelnen Bestimmungen maßgeblich. Im Sinne der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit kommt es dabei darauf an, wie viel Spielraum dem Abnehmer zur selbständigen und flexiblen Führung seines Betriebes bleibt⁴⁰⁹. Hierzu rückte auch die Bewertung der erbrachten Gegenleistungen des Lieferanten in den Vordergrund. Dies wären bei einem Darlehen etwa die Höhe des Kredits, aber auch die Kreditbedingungen, z. B. die Verzinsung. Desgleichen können die in der Person des Darlehensnehmers und Abnehmers liegenden Umstände eine erhebliche Rolle spielen, z. B. seine Kreditwürdigkeit. Je wertvoller die Gegenleistungen des Lieferanten für den Abnehmer sind, je höher das Risiko des Lieferanten ist, desto einschneidender können im Einzelfall die vom Abnehmer hinzunehmenden Bindungen sein⁴¹⁰.

Gelegentlich ist in Sukzessivlieferungsverträgen eine Klausel enthalten, die besagt, dass dem Abnehmer gute und konkurrenzfähige Ware geliefert werde. Diese Verpflichtung des Lieferanten dürfte angesichts des heutigen Wettbewerbsdrucks

⁴⁰⁷ Vgl. OLG Zweibrücken OLGR Zweibrücken 2000, 153 f. für einen überlangen „Verwaltungsvertrag“ einer Brauerei; v. Braunmühl, in: Ahlert, Vertragliche Vertriebssysteme zwischen Industrie und Handel, 1981, 405, 408 f.

⁴⁰⁸ Martinek/Semler, § 20 Rz. 37; Bayreuther, S. 370

⁴⁰⁹ Hierzu BGH NJW 1985, 2693

⁴¹⁰ BGH LM BGB § 138 (Bb) Nr. 35; BGH WM 1984, 88; BGH NJW 1985, 2693; Soergel-Hefermehl, 13. Aufl., § 138 Rz. 127; Martinek/Semler, § 22 Rz. 37; Larenz AT, S. 752; vgl. oben Kap. C II 5. 2., wo bereits dargelegt wurde, dass bei einer bloßen Vermittlungsleistung des Produzenten/Lieferanten für den Abnehmer ohne die Übernahme eines eigenen Risikos die höchstzulässige Bindungsdauer kürzer ausfallen dürfte.

keine besondere, ins Gewicht fallende Gegenleistung, sondern eine Selbstverständlichkeit sein, die für sich keine Bezugsbindung rechtfertigt⁴¹¹.

Daher kommt es allein auf die vom Lieferanten vertraglich zugesagten Gegenleistungen seinerseits an. Es ist weder von Bedeutung, ob der Abnehmer sie tatsächlich in Anspruch genommen hat oder ob der Lieferant außerhalb des Vertrages weitere, freiwillige, allein in seiner Kulanz begründete Gegenleistungen zugunsten des Abnehmers erbracht hat. Denn nach dem Maßstab des § 138 BGB spielt bei der Beurteilung des Vertrages allein der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts eine Rolle⁴¹². Zu beachten ist bei diesen weiteren freiwilligen Gegenleistungen auch, dass der Abnehmer darauf keinen Rechtsanspruch hat und er diese Gegenleistung daher rechtlich nicht durchsetzen könnte⁴¹³. Insofern liegt kein Widerspruch mit der o. a. BGH-Entscheidung zu einer Laufzeit von 23, 5 Jahren vor⁴¹⁴, bei der das Entgegenkommen des Lieferanten rechtlich in einem Prozessvergleich justitiabel wurde.

Noch in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts wurde die kostenlose Überlassung von Inventar im Wert von 3.700,-- DM, das nach 20 Jahren - allerdings dann abgeschrieben - ohne weiteres in das Eigentum eines Gastwirts übergehen sollte, als hinreichende Gegenleistung betrachtet, die diese langjährige Bezugsbindung rechtfertigte⁴¹⁵. Derartige Bewertungen wurden jedoch in den Folgejahren auch unter dem Eindruck sich ändernder Marktverhältnisse zunehmend als nicht angemessen betrachtet. So beurteilte der BGH die Bereitstellung von Leihinventar von 45.000,-- DM bzw. 28.000,-- DM schon Ende der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts als nicht so außergewöhnlich, dass damit Bezugsbindungen von 20 Jahren hätten gerechtfertigt werden können⁴¹⁶. In der nachfolgenden Rechtsprechung wird die Tendenz erkennbar, die Frist für eine höchstmögliche Bezugsbindung weiter herabzusetzen, so z. B. auf 16 Jahre⁴¹⁷, auf 15 Jahre⁴¹⁸, 14 Jahre⁴¹⁹.

Allerdings hat der BGH es bis heute vermieden, eine generell geltende, höchstzulässige Bindungsdauer von 15 Jahren oder eine andere Dauer festzulegen. Er verweist dabei regelmäßig auf die Abwägung der schutzwürdigen Interessen beider Parteien im Einzelfall⁴²⁰.

⁴¹¹ Nach § 433 I 2 BGB ist der Lieferant heute ohnehin verpflichtet, mangelfreie Ware zu liefern

⁴¹² BGHZ 100, 353, = NJW 1987, 1878 mit Anmerkung Blaurock, EWiR 1987, 861; Oetker S. 508 f.

⁴¹³ BGH ZIP 1984, 335; Derartige zusätzliche Leistungen können allenfalls dann Gewicht entfalten, wenn der Vertrag eine gewisse Zeit noch aufrechterhalten werden soll und der Lieferant damit die Erwartung verbindet, dass eine Vertragsverlängerung daran geknüpft werde, BGH BB 1973, 637.

⁴¹⁴ BGH DB 1973, 1843

⁴¹⁵ BGH NJW 1970, 2243

⁴¹⁶ BGH NJW 1979, 865; BGH ZIP 1984, 335

⁴¹⁷ BGH NJW 1974, 2089

⁴¹⁸ BGH NJW 1979, 2150; BGH WM 1975, 850

⁴¹⁹ BGH MDR 1976, 834; vgl. hierzu auch BGH NJW-RR 1990, 816 mit Anmerkung von Thamm/Detzer EWiR 1990, 861; Martinek Rz. 71 f.

⁴²⁰ BGH WM 1984, 88

So hat der BGH 1987 bereits eine 10-jährige Bezugsdauer aus folgenden Gründen verworfen: Bei einem Bierverlagsvertrag vereinbarten die Parteien die langfristige Belieferung eines Zwischenhändlers (eines Getränkefachgroßhändlers) mit den Produkten einer Brauerei. Hier hatte der BGH⁴²¹ über eine individuell vereinbarte Laufzeit von 10 Jahren zu entscheiden. Auf Grund der Vertragsgestaltung mit verschiedenen belastenden Klauseln (u. a. ausschließliche Bezugsbindung, fehlendes Alleinvertriebsrecht, Direktbelieferungsrecht, Konkurrenzverbot und Überlassung des Kundenstamms nach Vertragsbeendigung an die Brauerei) war der Fachgroßhändler weitgehend vom Wohlwollen der Brauerei abhängig. Der BGH⁴²² hat darin eine derart starke Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Fachhändlers gesehen, dass es den Vertrag insgesamt als gegen die guten Sitten verstoßend und damit als nichtig im Sinne des § 138 I BGB angesehen hat. Diese Entscheidung hat er bereits angesichts der angeführten, belastenden Klauseln getroffen, ohne noch eventuelle Gegenleistungen der Brauerei (die nennenswert nicht vorhanden waren) zu prüfen.

In einigen Fällen findet sich in Sukzessivlieferungsverträgen auch eine Bestimmung, nach der die zeitliche Bezugsbindung den Tilgungszeitraum etwa eines als Gegenleistung gegebenen Darlehens übersteigt. In diesem Fall kommt der Abnehmer in die möglicherweise schwierige Situation, dass er weiter an seinen Vertragspartner und Lieferanten gebunden ist, obgleich er das als Gegenleistung gegebene Darlehen bereits getilgt hat⁴²³. Auch hier gebietet jeder Einzelfall eine sorgfältige Prüfung, ob in derartigen Fällen die den Rückzahlungszeitraum übersteigende Bezugsbindung unter Berücksichtigung von Leistung und Gegenleistung gegen die guten Sitten verstößt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Lieferant mit seinem Darlehen gegenüber dem Abnehmer in Vorleistung tritt und damit zu Beginn des Vertragsverhältnisses ein höheres Vertragsrisiko eingeht als der Abnehmer. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung hat also zu Beginn des Vertragsverhältnisses ein Übergewicht zu Lasten des Lieferanten. Daher erscheint die Möglichkeit, dieses Übergewicht von Leistung und Gegenleistung zum Ende des Vertragsverhältnisses umgekehrt im angemessenen Rahmen zu Lasten des Abnehmers zuzulassen, als folgerichtig. Sofern die Bezugsbindung über den Tilgungszeitraum des Darlehens hinaus ausgedehnt wird, ist auch der Aspekt von Bedeutung, dass der Abnehmer sich schon vor Ablauf der Vertragslaufzeit mit Aussicht auf Erfolg auf dem Markt neu orientieren kann. Er ist im Normalfall spätestens etwa zwei bis drei Jahre vor Ablauf der Bezugsbindung in der Lage⁴²⁴, einen neuen Lieferanten für die Belieferung nach Ablauf der Bezugsdauer zu finden, eine neue Gegenleistung auszuhandeln und sich neu zu binden. Derartige Akquisitionsbemühungen finden auf Grund des Wettbewerbsdrucks - z. B. in der Gastronomie - seitens der Lieferanten bereits statt, wenn ein Gastwirt noch etwa zwei Jahre an seinen derzeitigen Lieferanten gebunden ist. Bei dieser Konstellation

⁴²¹ BGH MDR 1987, 490 (mit Anmerkung von Thamm, EWIR 1987, 221)

⁴²² BGH MDR 1987, 490

⁴²³ vgl. RG JW 1935, 3217; JW 1935, 2553

⁴²⁴ Es kommt hierbei selbstverständlich auch auf die Qualität des Abnehmers und seiner Absatzstätte an.

verliert der Knebelungsaspekt des § 138 BGB an Gewicht. Etwa innerhalb dieses Rahmens könnte daher die Bindungsdauer den Tilgungszeitraum des Darlehens zulässigerweise übersteigen.

- Die Reduzierung zu langer Bezugsbindungen

Ist ein Sukzessivlieferungsvertrag wegen sittenwidriger Übervorteilung auf Grund zu langer Bindungsfristen nichtig, stellt sich die Frage, ob er auf der Grundlage des § 139 BGB zeitlich soweit aufrechterhalten werden kann, wie es rechtlich noch als zulässig zu erachten ist.

Bejahte man diese Frage von vorne herein, ginge der Lieferant, der eine derartige sittenwidrige Laufzeit vereinbart, kein Risiko ein, da er im Falle einer gerichtlichen Überprüfung der Laufzeit den Bestand des gesamten Vertrags nicht aufs Spiel zu setzen braucht. Denn das Gericht würde an Hand des § 139 BGB de facto lediglich den unzulässigen, überschießenden Teil der Laufzeit in Frage stellen, den Vertrag mit seiner (höchst-) möglichen Laufzeit aber bestehen lassen. Das würde den Lieferanten, der sich überlange Laufzeiten einräumen ließe, zweifelsohne privilegieren. Daher ist grundsätzlich zu Recht entschieden worden, dass ein Vertragspartner das volle Risiko des eigenen sittenwidrigen Verhaltens zu tragen hat, einerlei, ob sich der Vertragspartner bei Vertragsschluss dieses Verstoßes gegen die guten Sitten bewusst war oder nicht⁴²⁵.

Allerdings hat sich die Rechtsprechung zu Laufzeitenregelungen in Sukzessivlieferungsverträgen erst mit der Zeit entwickelt. Lieferanten wie z. B. Brauereien haben im Vertrauen auf die ältere Rechtsprechung noch Belieferungsverträge mit Laufzeiten abgeschlossen, deren Sittenwidrigkeit erst im Zuge der weiteren Entwicklung der Rechtsprechung parallel zur Vertragsabwicklung ersichtlich wurde. Auch die Rückabwicklung nach Bereicherungsgrundsätzen bei bereits mehrere Jahre laufenden Sukzessivlieferungsverträgen, die mit einer hohen Gegenleistung des Lieferanten versehen waren, erweist sich in der Regel als nicht sachgerecht, wenn der Vertrag völlig nichtig sein soll. Dies gilt selbst dann, wenn die einzelnen, im Laufe der Zeit erfolgten Warenlieferungen davon nicht betroffen sind⁴²⁶. Denn die Lieferanten erbringen ihre Gegenleistung für die langjährige Bezugsbindung in der Regel zu Beginn des Vertragsverhältnisses, gehen also in Vorlage, um z. B. einem Abnehmer die Betriebsaufnahme erst zu ermöglichen.

Des weiteren entspricht es praktischer Erfahrung - auch des Autors -, dass es dem Abnehmer häufig aus den geschilderten Gründen vor allem zunächst auf den Erhalt der Gegenleistung ankommt. Das Vertragsverhältnis wird zunächst reibungslos durchgeführt. Erst nach mitunter mehrjähriger Vertragslaufzeit, wenn sich das Absatzobjekt gut entwickelt, kann es zwischen den Parteien doch noch zu

⁴²⁵ BGHZ 68, 204 m. w. N.; Beitzke S. 27

⁴²⁶ Beitzke, S. 46 f.; Jickeli S. 167

Problemen und Streitigkeiten kommen. Dann versucht sich der Abnehmer häufig mit dem Argument einer überlangen, sittenwidrigen Laufzeit aus dem Vertrag herauszuklagen, obwohl er sich zu Vertragsbeginn in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht zu sehr eingeengt gefühlt und er die Laufzeit zunächst nicht als anstößig empfunden hat.

Aus diesen Gründen hat der BGH bereits 1951 zu Recht in Betracht gezogen, eine seinerzeit mit 25 Jahren zu lange Bezugsbindung (allerdings unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben, § 242 BGB) auf eine angemessene Laufzeit zurückzuführen⁴²⁷. Sofern ein Belieferungsvertrag daher lediglich wegen einer übermäßig langen Laufzeit gegen § 138 BGB verstößt und sonst keine weiteren Gründe für die Sittenwidrigkeit des Vertrages vorliegen, ist dieser Gedanke vorzuziehen. Solche Verträge sollten mit einer dem tatsächlichen oder zu vermutenden Parteiwillen entsprechenden Vertragsdauer aufrechterhalten werden⁴²⁸.

Es ist hier gesondert zu betonen, dass eine Laufzeitreduzierung gemäß § 139 BGB nur in Betracht kommt, wenn in dem zugrunde liegenden Vertrag allein die zu lange Laufzeit nach § 138 BGB zu beanstanden ist⁴²⁹. Verstoßen weitere Vertragsbestimmungen gegen § 138 BGB und ist der Vertrag nicht nur wegen der Laufzeit, sondern auch wegen weiterer Verstöße gegen die guten Sitten nichtig, kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, auch diese Verträge insgesamt auf ein (gerade noch) zulässiges Maß zu reduzieren, sie im übrigen aber aufrecht zu erhalten. Einzelne, beanstandenswerte Klauseln sind hierfür jedoch nicht schon ausreichend. Wenn der Sukzessivlieferungsvertrag insgesamt auch ohne die zu lange Laufzeitregelung gegen § 138 BGB verstößt, kommt eine Anwendung des § 139 BGB nicht mehr in Betracht. Die Gesamtnichtigkeit ist dann die Folge⁴³⁰.

Dieser Ansatz scheint nun nicht zu den eingangs dargestellten Grundgedanken zu passen. Auch der Ausgangspunkt des § 139 BGB, dass die genannte Vorschrift vor allem auf sachlich teilbare Rechtsgeschäfte zugeschnitten sei⁴³¹, entspricht auf den ersten Blick nicht der dargestellten Position. Andererseits kann der genannten Entwicklung nicht die Eignung abgesprochen werden, solche Fälle mit Hilfe des § 139 BGB praktikabel und für die Parteien sachgerecht zu lösen. Sie hilft den Parteien wesentlich besser als die große „Alles-oder-nichts-Lösung“ der völligen Nichtigkeit entsprechend § 138 BGB.

⁴²⁷ BGH NJW 1952, 344; vgl. bereits Nipperdey, JW 1927, 120

⁴²⁸ BGH BB 1973, 637; BGH NJW 1974, 2089; BGH WM 1984, 88; BGH NJW 1985, 2693 (hierzu auch Anmerkung von Bunte, EWiR 1985, 137); BGH NJW-RR 1990, 816 (mit Anmerkung von Thamm/Detzer, EWiR 1990, 861); Jickeli, 166 f.; Im Ergebnis Oetker, S. 555 f., auf der Basis einer teleologischen Reduktion; Bayreuther, S. 157 f.; kritisch: Canaris, in: FS Ernst Steindorff, 1990, 541 f.

⁴²⁹ BGH LM BGB § 138 (Bb) Nr. 35; BGH WM 1975, 850; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138, Rz. 129; Jauernig § 139 Rz. 11; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138 Rz 75

⁴³⁰ BGH NJW 1985, 2693 mit Anmerkung von Bunte, EWiR 1985, 137

⁴³¹ BGH NJW 1962, 734 m. w. N.; Raiser, S. 323 f.

Zudem ist die Laufzeitregelung nicht nur Teil eines Rechtsgeschäfts, sondern durchaus als eine im Sinne des § 139 BGB aufteilbare Regelung aufzufassen. Insofern ist die die Höchstlaufzeit überschießende Dauer der Bezugsverpflichtung als sittenwidriger Teil dieser Regelung von der noch zulässigen Laufzeit abtrennbar. Entspricht dann die Aufrechterhaltung des Geschäfts mit der höchstzulässigen Laufzeit auch dem mutmaßlichen Parteiwillen, steht der oben geschilderten Handhabung des § 139 BGB nichts im Wege.

Die inhaltliche Rückführung überlanger Laufzeiten auf ein akzeptables Maß durch die Tatrichter unterliegt dabei nur einer eingeschränkten Revisionsbetrachtung⁴³². Eine Laufzeitreduzierung kommt jedoch nur bei ansonsten unveränderten Vertragskonditionen in Betracht⁴³³. Der BGH hat es zu Recht nicht akzeptiert, wenn die Tatsacheninstanz quasi im Gegenzug zur Reduzierung der Laufzeit von 20 auf 15 Jahre auch die vom Lieferanten erbrachte Gegenleistung eines Darlehens von 80.000,-- DM auf 60.000,-- DM ermäßigt. Durch eine derartige Handhabung würde die strukturelle Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung gerichtlich fortgesetzt. Denn die auf 15 Jahre reduzierte Laufzeit bringt ja gerade die ursprüngliche Gegenleistung eines Darlehens von 80.000,-- DM zur reduzierten Laufzeit wieder in ein ausgewogenes Gleichgewicht.

Eine Rückführung von zu langen Laufzeiten ist natürlich dann nicht mehr möglich, wenn die reduzierte, angemessene Laufzeit bereits abgelaufen ist⁴³⁴.

III. 1. 2. Umgehungsversuche

Die vorgenannte Rechtsprechung zur höchstzulässigen Bindungsdauer stieß in der Praxis teilweise auf erheblichen Widerstand. Insbesondere auf der Seite der Lieferanten fand man sich häufig nicht mit auf den im Laufe der Jahrzehnte immer kürzeren Höchstbindungen ab. Es gab und gibt daher immer wieder Versuche, diese Rechtsprechung zur höchstzulässigen Laufzeit von Sukzessivlieferungsverträgen zu umgehen.

Hierzu zählen die Versuche, die Laufzeit statt an eine zeitliche Bestimmung an eine Mindestabnahmemenge zu koppeln, mehrere Anschlussverträge hintereinander zu schalten oder die Bezugsverpflichtung mit Verlängerungsklauseln aufrecht zu erhalten.

⁴³² BGH NJW 1985, 2693; BGH NJW 1992, 2145

⁴³³ BGH NJW 1992, 2145; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138 Rz. 129; Jauernig § 139, Rz. 11

⁴³⁴ BGH NJW-RR 1990, 816 mit Anmerkung Thamm/Detzer EWiR 1990, 861

- Die Kopplung der Laufzeit mit einer Mindestabnahmemenge

In der Vertragspraxis ist es nicht ungewöhnlich, eine unkündbare Bezugslaufzeit eines Sukzessivlieferungsvertrages mit einer fest vereinbarten Mindestabnahmemenge zu koppeln⁴³⁵. Zum Teil wird mit dieser Handhabung aber auch versucht, die zeitlich zulässige Vertragsdauer zu umgehen, indem eine Größenordnung für die Mindestabnahmemenge vereinbart wird, die der Abnehmer in der vereinbarten Zeit nicht abzunehmen in der Lage ist.

Einer solchen Vertragsgestaltung ist jedoch eine Absage zu erteilen, wenn die festgelegte Mindestabnahmemenge innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 138 I BGB realistisch gar nicht abgenommen werden konnte⁴³⁶. Die Bezugsbindung endet daher bei dieser Fallgestaltung auf jeden Fall mit der höchstzulässigen Laufzeit, ohne dass es darauf ankommt, ob die vereinbarte Mindestmenge zu diesem Zeitpunkt ebenfalls abgenommen worden ist. Auch kann die nicht abgenommene Mindestmenge nicht als Grundlage für einen Schadensersatzanspruchs wegen des entgangenen Gewinns geltend gemacht werden, wenn die zeitliche Bindung bereits bis an die Grenzen des Zulässigen geht. Denn ein erstattungsfähiger Schaden kann sich nur nach den Absätzen bemessen, die innerhalb einer zulässigen Bezugszeit tatsächlich erzielt worden wären⁴³⁷.

- Anschlussverträge

Sukzessivlieferungsverträge mit einer bestimmten Laufzeit stellen für den Lieferanten und Produzenten, der sich dieser Verträge zur Absatzsicherung bedient, eine feste Ausgangsbasis für seine Absatzplanung der nächsten Jahre dar. Sie erlauben ihm damit ein gewisses Maß an Planungssicherheit. Auch diese gebundenen Absatzstätten sind jedoch Gegenstand des Konkurrenzkampfes, weil sich Wettbewerber ebenfalls um die Belieferung dieser Objekte bemühen. Es entspricht daher dem Interesse des Lieferanten an einer längerfristigen Absatzsicherung und –planung, nicht nur neue Absatzstätten zu akquirieren, sondern auch mit seinem bestehenden Vertragspartner frühzeitig eine, an den bereits bestehenden Vertrag anschließende neue Bezugsbindung zu vereinbaren.

Auch die Abnehmer sind häufig daran interessiert, sich nach dem Ablauf der Bezugsverpflichtung erneut ein Darlehen oder einen anderen geldwerten Vorteil zu verschaffen, für den sie als Gegenleistung eine neue Bezugsbindung eingehen würden. Hierzu können sie sich an einen neuen Lieferanten wenden. Sie können aber auch mit dem bisherigen Lieferanten zufrieden sein und mit diesem erneut eine Bezugsbindung eingehen.

⁴³⁵ Martinek/Semler, § 14, Rz., 5, 24; diess. § 20, Rz. 2; davon zu trennen sind die Fälle, in denen eine Absatzmenge nur als unverbindliches Vertragsziel postuliert wird, vgl. Paulusch/Bühler, Rz. 227

⁴³⁶ BGH NJW 1992, 2145; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138, Rz. 127

⁴³⁷ BGH NJW 1979, 865; BGH ZIP 1984, 335; BGH NJW 1985, 2693 (mit Anmerkung Bunte, EWIR 1985, 137)

Wie ist die Bindungsdauer des Abnehmers an seinen Lieferanten zu beurteilen, wenn diese nicht nur auf einem, sondern auf zwei oder mehreren hintereinander geschalteten Verträgen beruht?

In der Regel ist es dann rechtlich unproblematisch, wenn ein Lieferant nach Ablauf des ersten, langjährigen Sukzessivlieferungsvertrages erneut einen weiteren Sukzessivlieferungsvertrag mit seinem Kunden auf mehrere Jahre hin abschließt, der mit einer neuen Gegenleistung verbunden ist. Hier fehlt es an einem inneren Zusammenhang zwischen dem ersten und dem zweiten Vertrag, so dass beide Verträge hinsichtlich ihrer Laufzeit unabhängig von einander zu beurteilen sind. Der Zweitvertrag wird daher nur auf die Zulässigkeit der darin vereinbarten Laufzeit zu überprüfen sein. Eine Knebelung des Abnehmers durch den Abschluss des Zweitvertrages im Sinne einer zu weitgehenden Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit wird in diesen Fällen nicht vorliegen, da sich der Abnehmer mit Aussicht auf Erfolg an den gesamten Markt wenden konnte und sich auch darüber hinaus an einen anderen Vertragspartner als seinen bisherigen Lieferanten hätte binden können. Seine Vertragsfreiheit war daher zu diesem Zeitpunkt nicht eingeschränkt.

Die Beurteilung von Anschlussverträgen im Lichte der oben⁴³⁸ skizzierten Rechtsprechung zur höchstzulässigen Bindungsdauer kann jedoch auch zu anderen Ergebnissen führen, die für den Lieferanten problematisch sein können. Besteht zwischen dem Erstvertrag und dem Nachfolgevertrag ein innerer Zusammenhang, so ist zu prüfen, ob darin ein unzulässiger Umgehungsversuch der Rechtsprechung zur höchstzulässigen Bindungsdauer liegt. Dieser innere Zusammenhang kann sich etwa in einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen dem Abschluss des Erst- und Zweitvertrages darstellen, ohne dass es für den Abnehmer einen sachlichen Grund gäbe, sich lange vor Ablauf der Erstverpflichtung erneut auf Jahre hinaus zu verpflichten⁴³⁹. Auf diese Weise haben Lieferanten/Produzenten auch versucht, die Bindungsdauer ihrer Kunden über den oben dargestellten, zulässigen Rahmen hinaus auszudehnen. Dies stellt ebenfalls einen unzulässigen Versuch dar, den § 138 BGB auf der Basis der o. a. Rechtsprechung zu umgehen. Obwohl zwei unterschiedliche Willenserklärungen des Abnehmers zu zwei Verträgen vorliegen, sind in diesem Fall die Laufzeiten beider Verträge zu addieren und zusammen an Hand des § 138 BGB zu beurteilen.

Entsprechendes wird man auch dann annehmen müssen, wenn der Lieferant/Produzent den Abschluss des Anschlussvertrages im letzteren Fall mit einer weiteren Gegenleistung, etwa einem Zusatzdarlehen, „versüßt“ hat. Auch in diesen Fällen ist die Bezugsdauer aus beiden Verträgen trotz der weiteren Gegenleistung grundsätzlich einheitlich zu bewerten⁴⁴⁰.

⁴³⁸ S. o., Kap. E III. 1. 1.

⁴³⁹ Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138 Rz. 127

⁴⁴⁰ BGH WM 1972, 1224; BGH NJW 1974, 2089; BGH NJW-RR 1990, 816 mit Anmerkung von Thamm/Detzer EWIR 1990, 861

Maßgebend für die Beurteilung dieser Anschlussverträge sind auch hier die jeweiligen Umstände des Einzelfalls. Die einzelnen Fallgestaltungen können zu unterschiedlich sein, als dass sich eine einheitliche Handhabung empfiehlt. So hat der BGH in einem Fall den folgenden Anschlussvertrag akzeptiert: Die Tochter eines noch langfristig gebundenen Gastwirts hat nach seinem Tod dessen Bezugsverpflichtung nicht nur übernommen, sondern diese darüber hinaus auch verlängert. Als Gegenleistung ist das bis dahin nicht zurückbezahlte Darlehen belassen worden⁴⁴¹. Die Umstände dieses Einzelfalls haben den BGH dazu bewogen, die Laufzeit des zweiten Bierlieferungsvertrags nicht zusammen mit der des ursprünglich abgeschlossenen Vertrages, sondern isoliert zu prüfen.

Die oben erläuterte Rechtsprechung birgt für die Produzenten/Lieferanten und deren Abnehmer nicht unwesentliche Probleme. Der Lieferant wird hier daran gehindert, einen Investitions- und Kreditbedarf seines Vertragspartners zusammen mit einer weiteren Bezugsbindung zu bedienen, wenn dieser relativ kurz nach dem Abschluss des ersten Sukzessivlieferungsvertrages mit fester Bezugsverpflichtung auftritt. Da der Produzent keine wirksame Gegenleistung in Form einer Verlängerung der bestehenden Bezugsverpflichtung erwarten kann, wird er bei einer solchen Fallgestaltung seinem Vertragspartner aus wirtschaftlichen Gründen eine Absage erteilen müssen.

Für beide Parteien kann es im Einzelfall sehr schwer abschätzbar sein, nach welchem Zeitablauf im Einzelfall der von der Rechtsprechung vorausgesetzte „innere Zusammenhang“ nicht mehr besteht und die Laufzeit eines neuen Vertrages nicht mehr mit der Laufzeit des Ursprungsvertrages zusammen zu zählen ist. Um diese Ungewissheit zu beseitigen, wurde vorgeschlagen, die Laufzeiten von Anschlussverträgen grundsätzlich mit der noch nicht abgelaufenen Laufzeit des Erstvertrages zusammen zu rechnen und beide Teile stets auf die höchstzulässige Bindungsdauer von 15 Jahren bis maximal 20 Jahren zu begrenzen⁴⁴². Damit unterliegt der bereits abgelaufene Zeitraum des Ursprungsvertrages nicht mehr der Bewertung der höchstzulässigen Bindungsdauer. Da sich die Prüfung von Laufzeiten am Maßstab des § 138 BGB auf die Zukunft bezieht, also geprüft wird, inwieweit der Abnehmer in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit noch unzulässig eingeengt wird, erscheint es gerechtfertigt, den bereits abgelaufenen Teil des Erstvertrages unberücksichtigt zu lassen⁴⁴³. Damit wäre eine große Unsicherheit für die Marktteilnehmer auf eine praktikable Weise gelöst. Diese Lösungsmöglichkeit berücksichtigt darüber hinaus die Interessen der Produzenten/Lieferanten nicht einseitig. Zum einen besteht häufiger ein echter Bedarf des Abnehmers an einer weiteren Gegenleistung, die noch während der Laufzeit des Erstvertrages realisiert werden muss, um das Unternehmen des Abnehmers wirtschaftlich sinnvoll weiter zu betreiben. Zum anderen wird in diesen Fallkonstellationen die noch nicht abgelaufene Laufzeit des Erstvertrages bei einem Anschlussvertrag immer und ohne

⁴⁴¹ BGH WM 1975, 850

⁴⁴² Götz BB 1990, 1217; Paulusch/Bühler, Rz. 376

⁴⁴³ Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1996, 46

Ansehung der Frage, ob ein „innerer Zusammenhang“ zwischen beiden Verträgen besteht, in die Prüfung der Gesamtbindungsdauer mit einbezogen.

- Die Kombination von Aufhebungsvertrag und Anschlussvertrag

Wenn sich Lieferanten über die wesentlichen Risiken von Anschlussverträgen bewusst sind, gibt es zuweilen Versuche, die dargestellte Addition von Laufzeiten bei Anschlussverträgen zu umgehen. Es kommt in der Praxis darum zu folgender Variante: Der bestehende, erste Sukzessivlieferungsvertrag wird einvernehmlich aufgehoben. Die Parteien vereinbaren unmittelbar darauf einen neuen Sukzessivlieferungsvertrag, gegebenenfalls mit einer neuen Gegenleistung und einer neuen Bezugsbindungsdauer, die über die des ersten Vertrages hinausgeht. Auch die noch nicht zurückbezahlten Restvaluta eines Darlehens oder einer anderen Gegenleistung werden nicht etwa erlassen, sondern in dem neuen Vertrag auf die neue Gegenleistung aufgeschlagen. Sowohl der Aufhebungsvertrag als auch der Anschlussvertrag werden dabei praktisch zeitgleich, innerhalb eines Handlungsakts, abgeschlossen. Entscheidend ist die direkte Anknüpfung und Fortsetzung der neuen Bezugsbindung an die vorhergehende.

Diese Praxis ist aus den Vertragsdokumenten, die z. B. einem Verband oder einem Rechtsanwalt zur Prüfung vorgelegt werden, nicht immer ersichtlich. Denn der neue Vertrag enthält keinerlei Hinweis darauf, dass es bereits einen früheren Vertrag und den dazugehörigen Aufhebungsvertrag gibt. Rechtsprechung zu dieser Konstellation liegt auch aus diesem Grund nicht vor⁴⁴⁴.

Allerdings ist diese Konstellation nichts anderes als eine Umgehung der zuvor dargelegten Konsequenzen bei Anschlussverträgen. Man spricht in diesen Fällen statt von einem Aufhebungsvertrag zutreffender von der Ablösung des ersten Vertrages durch den zweiten, ohne dass die Bezugsbindungsdauer dadurch wirklich neu begründet wird. Unterschiedliche Rechtsfolgen kann man nicht dadurch vermeiden, dass man für einen identischen Sachverhalt eine rechtliche Umgehungskonstruktion wählt. Etwas anderes kann nur gelten, wenn der zweite Vertrag nicht in einem inneren Zusammenhang mit dem Erstvertrag und dessen Aufhebung steht⁴⁴⁵. Dieser innere Kontext wird bei einem zeitlich engen Zusammenhang zwischen den Vertragsabschlüssen dann vorliegen, wenn der Abnehmer keine Chance hätte, z. Zt. des Zweitabschlusses auf dem Markt eine anderweitige Gegenleistung zu akquirieren. Er wäre daher in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu stark eingeengt gewesen. In solchen Fällen wird man daher zu keinem anderen Ergebnis kommen, als die Restlaufzeit des ersten mit der Laufzeit des zweiten Lieferungsvertrages zusammen zu zählen und beide Laufzeiten in ihrer Gesamtheit zu beurteilen.

⁴⁴⁴ OLG Hamm NJW-RR 1996, 47 hatte einen Fall eines solchen Aufhebungsvertrages zu entscheiden, es hat die Addition der Laufzeiten jedoch verneint, weil es keine Anknüpfung der neuen Bezugsverpflichtung an die zuerst vereinbarte gab

⁴⁴⁵ Martinek/Semler § 30, Rz. 224

- Verlängerungsklauseln

Viele Lieferanten wollen ihre Kunden auch nach Ablauf der festgelegten Bezugsverpflichtung weiter an sich binden. Daher enthalten zahlreiche Sukzessivlieferungsverträge mit einer vereinbarten Laufzeit daher Verlängerungsklauseln. Auf diese Weise wird die Laufzeit derartiger Belieferungsverträge im Anschluss an den Ablauf der festen Bezugsdauer automatisch um eine bestimmte Frist oder auch unbefristet verlängert, sofern nicht eine der Vertragsparteien den Vertrag innerhalb bestimmter Fristen kündigt⁴⁴⁶.

Auch in diesem Fall greift jedoch die Unwirksamkeit nach § 138 BGB, wenn durch eine automatische Verlängerungsklausel eine ohnehin schon höchstzulässige Bezugsdauer erweitert wird⁴⁴⁷. Dies gilt selbst dann, wenn die feste Bezugsdauer entsprechend § 139 BGB auf das höchstzulässige Maß zurückgenommen wird. Auch hier greift eine derartige Verlängerungsklausel im Anschluss an den Ablauf der festen, zurückgeführten Laufzeit nicht⁴⁴⁸. Denn die Reduzierung einer überlangen Bezugsdauer im Rahmen des § 139 BGB schöpft bereits den höchstzulässigen Bindungszeitraum aus. Eine automatische Verlängerungsmöglichkeit der reduzierten Laufzeit dieser Bezugsverpflichtung ließe diese doch wieder in die Sittenwidrigkeit ableiten.

Auch wenn sich der Lieferant zusätzlich zu der vereinbarten Laufzeit von sieben Jahren einen weiteren Optionszeitraum von fünf Jahren vorbehält, hat der BGH die Laufzeit beider Zeiträume zusammengefasst. Die auf diese Weise zusammengezählte, gesamte Laufzeit von zwölf Jahren hat es bei einem Tankstellenvertrag als unangemessen verworfen⁴⁴⁹.

Dieser Rechtsprechung ist hierbei zuzustimmen. Denn wenn die fest vereinbarte oder auch gemäß § 139 BGB reduzierte Laufzeit den höchstmöglichen Rahmen für eine Bezugsbindung bereits ausschöpft, würde eine automatische Verlängerung einen solchen Vertrag doch wieder in eine sittenwidrige Laufzeit hineingleiten lassen. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn die Verlängerung, wie bei einer Option, allein im Ermessen des Lieferanten liegen soll. Sofern sich eine Laufzeit, die sich aus einer fest vereinbarten, unkündbaren Bezugszeit und einem kündbaren

⁴⁴⁶ Martinek Rz. 110; Grundsätzlich sind Verlängerungsklauseln nicht per se unzulässig; so hat der BGH KZR 19/82 (aus Bunte, AGBE IV Nr. 116 zu § 9) eine Verlängerungsklausel akzeptiert, nach der sich der Vertrag um jeweils ein weiteres Jahr verlängert, wenn er nicht sechs Monate zuvor gekündigt wurde. Eine derartige Verlängerungsklausel verstößt auch nicht gegen § 308 Nr. 5 BGB (§ 10 Nr. 5 AGBG), da sie keine fingierte Erklärung enthält, sondern bei Vertragsabschluss konkret vereinbart wurde, vgl. BGH NJW 1997, 739; daneben sind noch die Unwirksamkeitsvorschriften bei AGB des § 309 Nr. 9 b, c maßgeblich

⁴⁴⁷ BGH NJW 1985, 2693 mit Anmerkung von Bunte, EWiR 1985, 137; BGH NJW 1988, 2362 mit Anm. Medicus, EWiR 1988, 749

⁴⁴⁸ BGH NJW 1988, 2362, hierzu Anmerkung von Medicus, EWiR 1988, 749

⁴⁴⁹ BGH NJW 2000, 1110 ff.

Verlängerungszeitraum zusammensetzt, insgesamt nicht die Grenzen der Sittenwidrigkeit überschreitet, ist eine derartige Gestaltung grundsätzlich zulässig. Denn hier kann der Abnehmer durch seinen eigenen Willen die Bezugsverpflichtung beenden, bevor die feste Bezugsbindung die höchstzulässige Dauer erreicht⁴⁵⁰.

III. 1. 3. Die Laufzeitbegrenzung nach dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Vor dem Inkrafttreten des AGBG im Jahre 1976 prüften die Gerichte die Wirksamkeit langfristiger Sukzessivlieferungsverträge im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Beschränkung des Abnehmers⁴⁵¹. Oft wurde in diesen Fällen der Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) angelegt, ohne dass die Prüfungskriterien von § 138 I BGB und § 242 BGB stets ganz scharf voneinander abgegrenzt wurden. Mit dem 1976 in Kraft getretenen AGBG gerieten auch Sukzessivlieferungsverträge in das Visier des Gesetzgebers, denn diese Verträge wurden in der Regel vom Verwender mit vorformulierten Klauseln versehen⁴⁵². Außerdem unterschied das AGBG nun konkret die Schutzbedürftigkeit von kaufmännischen zu nichtkaufmännischen Vertragspartnern⁴⁵³.

Für vor dem Inkrafttreten des AGBG abgeschlossene Verträge war das AGBG gemäß § 28 I AGBG grundsätzlich nicht anwendbar. Dies galt jedoch gemäß § 28 II AGBG für Sukzessivlieferungsverträge dann nicht, wenn die Vertragsdauer nach Inkrafttreten des AGBG von den Parteien ausdrücklich verlängert wurde⁴⁵⁴.

- Der persönliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts

Nach dem 1996 eingeführten § 24 a Nr. 1 AGBG (jetzt: § 310 III Nr. 1 BGB) gelten Allgemeine Geschäftsbedingungen als vom Verwender/Lieferanten gestellt, wenn dieser Vertrag nicht für die gewerbliche selbständige Tätigkeit des Vertragspartners abgeschlossen wird. Die Verbrauchereigenschaft wird bei einem vom Lieferanten belieferten Abnehmer mit einer eigenen Absatzstätte in der Regel nicht vorliegen.

Fraglich dürfte aber sein, ob der Abnehmer die Verbrauchereigenschaft aufweist, wenn er die selbständige, gewerbliche Tätigkeit erst nach Abschluss des Sukzessivlieferungsvertrages aufnimmt. Für den alten, vor 1996 geltenden § 24 AGBG gab es hierzu eine sich in unterschiedliche Richtungen entwickelnde

⁴⁵⁰ Oetker S. 625; allerdings sind in AGB die Regeln des § 309 Nr. 9 b, c zu beachten

⁴⁵¹ BGH NJW 1970, 2243; BGH NJW 1972, 1459; BGH NJW 1974, 2089

⁴⁵² Raiser, S. 23

⁴⁵³ Zum Hintergrund des Schutzzwecks des AGBG vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, Einleitung Rz. 28 ff.

⁴⁵⁴ BGH WM 1984, 663; BGH VIII ZR 306/84 vom 15. 1. 1986 (nicht veröffentlicht); vgl. auch BGH WM 1991, 1558 zu § 28 II AGBG

Rechtsprechung, die einerseits die Anwendung der §§ 2, 10 - 12 AGBG bejahte⁴⁵⁵ und andererseits die Anwendung der genannten Vorschriften ablehnte⁴⁵⁶. Für diese Problematik bietet sich eine ähnliche Lösung wie im Verbraucherschutzrecht⁴⁵⁷ an, da eine vergleichbare Interessenlage besteht. Der Abnehmer ist so lange (noch) als Verbraucher anzusehen, so lange ein derartiger Vertrag abgeschlossen wird, bevor er die selbstständige, gewerbliche Tätigkeit aufnimmt. Dies gilt auch dann, wenn solche Belieferungsverträge in Vorbereitung der selbständigen, gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen werden⁴⁵⁸. Sofern der Abnehmer also bei dem Vertragsabschluss (noch) Verbraucher ist, ist § 310 III Nr. 1 BGB anzuwenden, der für diese Fälle eine Beweislastregel zugunsten des Verbrauchers enthält. Danach gilt im Zweifel das gesamte AGB-Recht.

- Der sachliche Anwendungsbereich des AGB-Rechts

Sukzessivlieferungsverträge dieser Art und die darin vereinbarten Laufzeiten werden lediglich dann der Prüfung des AGB-Rechts unterworfen, wenn die Laufzeitvereinbarung nicht individuell ausgehandelt worden ist. Die Prüfung der Dauer der Bezugsverpflichtung nach AGB-Recht setzt zunächst voraus, dass die Laufzeit nicht individuell ausgehandelt, § 305 I S. 3 BGB, sondern als einseitig gestellte Klausel und damit als Allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag eingeführt wird. Ob es sich im Einzelfall um eine individuelle Vereinbarung handelt, sollte jedoch auch bei einem im übrigen vorformulierten Vertragstext ersichtlich sein. Im Einzelfall kann zweifelhaft sein, ob es sich sonst um eine unselbständige Ergänzung eines Formulartextes ohne individuellem Aushandlungscharakter handelt oder nicht⁴⁵⁹. Ein Indiz für eine individuell vereinbarte Laufzeit liegt dann vor, wenn diese z. B. handschriftlich in den Vertrag eingesetzt wurde⁴⁶⁰.

Dies allein reicht jedoch noch nicht. Des weiteren muss die vereinbarte Laufzeit in einem individuellen, sachlich gerechtfertigten Zusammenhang mit der gewährten Gegenleistung stehen. Einen solchen Zusammenhang gibt es dann, wenn die Laufzeit der Bezugsverpflichtung parallel zur Laufzeit des daneben abgeschlossenen Pachtvertrages oder Darlehensvertrages läuft und ein innerer sachlicher Zusammenhang zu diesen daneben stehenden Verpflichtungen besteht. So werden in der Praxis die für eine Bezugsverpflichtung gegebenen Darlehensbeträge in der Regel in einem engen, kalkulatorischen Zusammenhang zur zu erwartenden Bezugsmenge stehen, die innerhalb der Laufzeit abzunehmen sind. Dies spricht für den individuellen Zuschnitt einer Laufzeitregelung.

⁴⁵⁵ OLG Düsseldorf EWIR 1996, 97 f.

⁴⁵⁶ OLG Oldenburg NJW-RR 1989, 1081; kritisch hierzu Martinek/Semler § 19, Rz. 29, Fn. 42

⁴⁵⁷ Vgl. § 1 VerbrKrG, jetzt § 491 I i. V. m. § 13 BGB

⁴⁵⁸ Martinek/Semler § 19, Rz. 29; Gruber NZM 1999, 1075; vgl. oben Kap. D II. 2. 1., D II. 4.

⁴⁵⁹ Vgl. BGHZ 109, 314, mit Anm. Stempel EWIR 1990, 209; BGHZ 115, 391, mit Anm. Hensen, EWIR 1992, 941; BGH ZIP 1992, 186, mit Anm. Lindacher, EWIR 1992, 107; BGH NJW-RR 1993, 375;

BGHZ 122, 63 mit Anm. Heinrichs, EWIR 1993, 631

⁴⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1990, 567

Zwar werden heute die Vertragstexte einschließlich der Laufzeitregelung in der Regel per EDV erstellt, so dass sie nach außen wie vorformulierte Vertragsklauseln aussehen. Derartige Bezugsbindungen müssen jedoch eine Vielzahl von einzelfallbezogenen Kriterien berücksichtigen, die sich aus dem betriebswirtschaftlichen Konzept jeder einzelnen Absatzstätte ergeben. Hierzu zählen u. a. Standortfragen, der Produktemix, das Finanzierungskonzept, aber auch die Kreditwürdigkeit des Abnehmers und vieles andere mehr. Verhandlungen zu einem langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag ziehen sich in der Regel über einen längeren Zeitraum hin, in dessen Verlauf Konzept- und andere Änderungen die Vertragsgestaltung beeinflussen. Daher wird man in der Regel von einem individuell ausgestalteten Vertrag ausgehen können⁴⁶¹, sofern nicht typische Begleitklauseln betroffen sind, wie z. B. Gerichtsstandsregeln, Rechtswahlklausel, Schadenspauschalierungen, Vertragsstrafen, Aufrechnungsbestimmungen etc. Ebenso spricht der Umstand, dass sich eine Vertragslaufzeit erst indirekt aus dem Abschreibungsmodus bzgl. der gewährten Gegenleistung ergibt, für deren individuellen Charakter⁴⁶².

Ähnliches gilt für Sukzessivlieferungsverträge, die in ihrer Bezugsdauer an die Laufzeit des für die Absatzstätte bestehenden Pachtverhältnisses angekoppelt sind. Auch aus diesem Bezug lässt sich eine individuell vereinbarte Laufzeit des Lieferungsverhältnisses ableiten, da die Laufzeit einer Verpachtung in der Regel individuell ausgehandelt wird.

Zu weiteren individuell ausgehandelten Klauseln gehören in der Regel neben der Laufzeit die Stellung der Vertragspartner, die Bestimmungen zu den finanziellen und sonstigen Gegenleistungen des Lieferanten, Absprachen über Sicherheiten, das Ausmaß der Ausschließlichkeitsbindung und Sortimentsfragen. Wesentlich für die hier behandelten Verträge ist außerdem, dass individuell ausgehandelte Klauseln auch dann nicht den §§ 305 ff. BGB unterliegen, wenn der Abnehmer als Existenzgründer noch Verbraucher im Sinne des § 310 III S. 1 BGB ist. Zwar ist dort in Nr. 1 a. E. geregelt, dass die §§ 305 ff. BGB nicht anzuwenden sind, wenn die Vertragsklauseln durch den Verbraucher eingeführt werden. Das bezieht sich aber ebenfalls nur auf vorformulierte Bedingungen. Individuell ausgehandelte Inhalte, die sich aus den Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ergeben und die von beiden Seiten in die Verhandlungen eingeführt werden können, haben daher immer Vorrang im Sinne des § 305 I S. 3 BGB⁴⁶³.

⁴⁶¹ OLG Frankfurt EWIR 1986, 423, OLG Frankfurt GRUR 1989, 71 (hierzu: Thamm/Detzer, EWIR 1989, 207); BGHZ 109, 314, mit Anmerkung Sternal, EWIR 1990, 209; BGHZ 115, 391; BGH WM 1992, 50 (betr. Kreditformular) mit Anmerkung Lindacher EWIR 1992, 107; BGH NJW-RR 1993, 375 (betr. „Vertriebsgebühr“ in einem Handelsvertretervertrag); BGHZ 122, 63 (betr.: „Wartungsbeginn“ bei einem Wartungsvertrag) mit Anmerkung von Heinrichs, EWIR 1993, 631

⁴⁶² BGH NJW 1998, 602

⁴⁶³ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 310 Rz. 13

Es ist daher festzuhalten, dass die §§ 305 ff. BGB nur dann angewendet werden, wenn der AGB-Verwender und Lieferant die Laufzeitregelung einseitig im Vertrag einsetzt, ohne sich mit seinem Vertragspartner inhaltlich über diese Regelung auszutauschen und davon ausgeht, dass sein Vertragspartner diese vorgegebene Laufzeit unterschreibt. Die üblichen individuell ausgehandelten Klauseln, neben der Laufzeit die Stellung der Vertragspartner, die Bestimmungen zu den finanziellen und sonstigen Gegenleistungen des Lieferanten, Absprachen über Sicherheiten, das Ausmaß der Ausschließlichkeitsbindung und Sortimentsfragen, unterliegen damit ebenfalls nicht der AGB-Inhaltskontrolle. Ausnahmen hierzu gibt es etwa im Bereich eines einheitlichen Franchise-Systems oder bei flächendeckenden Fachhändlerverträgen⁴⁶⁴. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Individualvereinbarung abgeschlossen wurde, liegt allerdings beim Lieferanten⁴⁶⁵.

III. 1. 3. 1. Die Laufzeitregelung des § 309 Nr. 9 a BGB

Auf den ersten Blick liegt eine Anwendung des § 309 Nr. 9 a BGB, ehemals § 11 Nr. 12 a AGBG, der die Laufzeit eines Dauerschuldverhältnisses auf maximal zwei Jahre begrenzt, bei den hier behandelten Sukzessivlieferungsverträgen nahe. Dennoch ist diese zweijährige Höchstlaufzeit im Ergebnis allenfalls im Ausnahmefall anwendbar.

Zum einen könnte dies nur dann der Fall sein, wenn der Vertragspartner die Voraussetzungen eines Unternehmers nicht erfüllt⁴⁶⁶. Ein solcher Fall könnte dann eintreten, wenn der Abnehmer (noch) als Verbraucher handelt. Eine andere Konstellation, in der § 309 Nr. 9 a BGB zutreffen könnte, ist ein Sukzessivlieferungsvertrag für ein Objekt, welcher nicht mit dem eigentlichen Abnehmer und Gewerbetreibenden, sondern z. B. mit dem Objekteigentümer und Vermieter abgeschlossen wurde, der aber seinerseits sonst kein Gewerbe betreibt. Der zweijährigen Frist des § 309 Nr. 9 a BGB kommt also im Rechtsverkehr zwischen Lieferanten und Abnehmern im kaufmännischen bzw. gewerblichen Bereich in der Regel keine Bedeutung zu, da hier bei den Vertragsparteien besondere Interessen und Bedürfnisse zu beachten sind⁴⁶⁷. Der ehemalige § 11 Nr. 12 a AGBG war von Anfang betont verbraucherbezogen ausgerichtet und knüpfte insofern nicht an den gewerblichen Verkehr an. Daher fehlt es an einer entsprechenden Ausstrahlungskraft dieser Vorschrift auf den unternehmerischen Bereich⁴⁶⁸. Der Anwendung des AGB-Rechts in diesen Rechtskreisen steht außerdem entgegen, dass die Laufzeiten im Einzelfall individuell vereinbart werden,

⁴⁶⁴ Martinek/Semler § 19 Rz. 28; § 22 Rz. 39

⁴⁶⁵ MüKo-Kötz, 2. Aufl., § 1 AGBG Rz. 25

⁴⁶⁶ Vgl. OLG Frankfurt GRUR 1988, 482; GRUR 1989, 71, vgl. dazu Thamm/Detzer, EWiR 1989, 207

⁴⁶⁷ BGH NJW 1985, 2695, mit Anm. Bunte EWiR 1985, 137; BGH NJW 1993, 1133, mit Anm. Hensen, EWiR 1993, 423; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309 Rz. 80; Martinek/Semler § 19 Rz. 34; Herrfeld, S.

210 für Franchiseverträge

⁴⁶⁸ Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 12 Rz. 18

z. B. weil sie auf eine noch bestehende Restpachtlaufzeit angepasst oder auf eine entsprechende Gegenleistung bezogen werden⁴⁶⁹.

Wenn die verpflichtete Bezugsmenge zwischen Lieferant und Abnehmer allerdings von vorneherein festgelegt wird, so dass die Einzellieferungen lediglich Teilleistungen auf die Gesamtverpflichtung darstellen, ist die Anwendung des § 309 Nr. 9a BGB auch bei Verbrauchern zu unterlassen. Diese Art von Lieferverträgen sind gemäß des 2. Halbsatzes des § 309 Nr. 9 BGB generell von o. a. Klauselverbot ausgenommen und können auch nicht mit teleologischen Erwägungen auf eine zweijährige Laufzeit begrenzt werden⁴⁷⁰.

Sofern sich die Bezugsverpflichtung allerdings nicht auf eine fest vereinbarte Liefermenge bezieht, stellt sich die Frage, ob eine „regelmäßige“ Lieferung von Waren im Sinne des Gesetzes auch dann vorliegt, wenn die Warenlieferungen nicht zu fest bestimmten, periodisch wiederkehrenden Zeitpunkten erfolgen sollen, sondern nur auf Abruf nach dem jeweiligen Bedarf des Abnehmers⁴⁷¹. Für die Bejahung dieser Frage sprach vor allem die Überschrift des Gesetzes als „Dauerschuldverhältnis“, was dem Sukzessivlieferungsvertrag entspricht⁴⁷². Außerdem sollte der Schutzzweck des ehemaligen § 11 Nr. 12 a AGBG als Verbraucherschutzgesetz den Vertragspartner des Klauselverwenders vor einer zu weiten Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit in zeitlicher Hinsicht bewahren. Die Erfüllung dieses Schutzzwecks konnte nicht davon abhängen, ob die Ware zu fest definierten Zeitpunkten oder auf Abruf, aber regelmäßig geliefert werden sollten. Diese Erwägungen dürften auch für den neuen § 309 Nr. 9 a BGB gelten.

Eine weitere Ausnahme gilt jedoch für einen mit einem Pachtvertrag verbundenen Sukzessivlieferungsvertrag. In diesen Fällen entfällt eine Beschränkung einer formularmäßig festgelegten Laufzeit auf maximal 2 Jahre entsprechend § 309 Nr. 9 a BGB (§ 11 Nr. 12 a AGBG) entfällt, da diese Vorschrift auf Miet- und Pachtverhältnisse nicht anzuwenden sind⁴⁷³, selbst wenn sie mit einer Abnahmepflicht für Waren verbunden sind⁴⁷⁴.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass § 309 Nr. 9 a BGB entgegen dem ersten Anschein für die hier behandelten Lieferungsverhältnissen nur im Ausnahmefall zutrifft. Im Ergebnis ist § 309 Nr. 9 a BGB für die hier maßgeblichen Laufzeitregelungen nur anzuwenden, wenn diese mit einem Verbraucher abgeschlossen wurden, und zwar dann, wenn der Lieferant nicht nachweisen kann,

⁴⁶⁹ OLG Frankfurt GRUR 1989, 71, geht sogar von einer „tatsächlichen Vermutung“ für ein individuelles Aushandeln aus, vgl. auch OLG Frankfurt, GRUR 1986, 423

⁴⁷⁰ Oetker S. 190 zum ehemaligen § 23 II Nr. 6 AGBG

⁴⁷¹ Für den § 1c Nr. 2 AbzG a. F. ausdrücklich offengelassen: BGHZ 78, 248

⁴⁷² BGH NJW-RR 1986, 211, vgl. Anmerkung von Bunte, EWiR 1986, 107; vgl. oben Kap. B III, IV

⁴⁷³ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309 Rz. 79

⁴⁷⁴ BGH NJW 1985, 2328; BGH NJW 1993, 1134; für den Franchisevertrag Martinek/Semler § 19 Rz.

dass Klausel individuell vereinbart oder von dem Abnehmer/Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurde⁴⁷⁵.

III. 1. 3. 2. Der Prüfungsmaßstab des § 307 I, II BGB

In den Fällen, in denen die Laufzeit als Allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag eingeführt wurde, gilt im geschäftlichen Verkehr als Prüfungsmaßstab lediglich die Generalklausel des § 307 I, II BGB (ehemals § 9 AGBG), § 310 I BGB, so dass die Laufzeitbestimmungen eines Lieferverhältnisses dann daran zu messen ist. Die Beschränkung auf eine zweijährige Laufzeit gem. § 309 Nr. 9 a BGB strahlt allerdings nicht als „Klauselverbot ohne Wertungsmöglichkeit“ in den unternehmerischen Bereich hinein, daher wird dieses Verbot im kaufmännischen Verkehr nicht über den § 307 BGB anwendbar⁴⁷⁶.

§ 307 III BGB⁴⁷⁷ nimmt jedoch die Hauptleistungspflichten eines Vertrages von der AGB-Inhaltskontrolle aus. Die Laufzeit in einem langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag gehört sicher zu den wesentlichsten Vertragsbestandteilen, so dass § 307 III BGB einschlägig sein könnte⁴⁷⁸. Allerdings werden die Laufzeitregelungen als solche hiervon ausgenommen⁴⁷⁹. Man wird aber als Maßstab des § 307 II Nr. 1, 2 BGB auf den § 138 BGB zurückgreifen müssen. Denn eine wesentliche Abweichung von gesetzlichen Regelungen gemäß § 307 II Nr. 2 BGB kann nicht festgestellt werden, da es hier keine expliziten Laufzeitvorschriften für langfristige Sukzessivlieferungsverträge im deutschen Recht gibt⁴⁸⁰. Höchstzulässige Laufzeiten ergeben sich lediglich aus den von der Rechtsprechung entwickelten Einzelfallentscheidungen.

Daher bleibt für eine Beurteilung von Laufzeiten lediglich das Kriterium der „unangemessenen Benachteiligung“, § 307 I BGB. Die Anwendung des § 9 AGBG a. F. in der Rechtsprechung führte deshalb kaum zu wesentlich anderen Ergebnissen als die bis zum Inkrafttreten des AGBG gewachsene Rechtsprechung zu § 138 BGB⁴⁸¹. Allerdings wurde bei der Prüfung von langfristigen Sukzessivlieferungsverträgen an Hand von § 9 AGBG im Laufe der Zeit oft ein strengerer Maßstab angelegt als nach § 138 I BGB⁴⁸². Bei der Prüfung von Auswirkungen einer Laufzeitklausel wird im Rahmen des § 9 AGBG nicht nur deren

⁴⁷⁵ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 310 Rz. 13

⁴⁷⁶ BGH NJW 1985, 2695; Martinek/Semler § 21 Rz. 13; Ebenroth, S. 59; Liesegang BB 1991, 2384

⁴⁷⁷ Früher § 8 AGBG

⁴⁷⁸ Paulusch/Bühler, Rz. 76

⁴⁷⁹ BGH NJW-RR 1997, 1001; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 307 Rz. 57

⁴⁸⁰ Paulusch/Bühler Rz. 291; zur Bedeutung europarechtlicher Vorschriften für das innerdeutsche Recht vgl. Kap. E III. 2. 3.

⁴⁸¹ Vgl. BGH WM 1982, 1354

⁴⁸² BGHZ 120, 300 (mit Anmerkung Hensen, EWiR 1993, 625)

Auswirkung im konkreten Einzelfall untersucht, sondern es wird ein genereller und überindividueller Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt. Damit werden den Interessen des Verwenders die der typischen beteiligten Vertragspartner gegenübergestellt und gegeneinander abgewogen⁴⁸³. In der Beurteilung derartiger Fälle wird von der Rechtsprechung die Berücksichtigung der konkreten Vertragsgestaltung damit natürlich nicht ausgeschlossen⁴⁸⁴. So hat der BGH eine formularmäßig festgesetzte Laufzeit eines Darlehens- und Belieferungsvertrages von 10 Jahren für den Abnehmer akzeptiert⁴⁸⁵.

Verstößt jedoch eine unangemessene Laufzeitbestimmung als AGB in dem Vertrag gegen die Generalklausel des § 307 BGB, wird eine Rückführung der Laufzeit auf das gerade noch zulässige Maß hier nicht mehr in Betracht gezogen⁴⁸⁶. Nach einer weiteren Meinung könne eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Lücke nicht vorgenommen werden, weil kein Anhaltspunkt vorläge, was die Parteien ansonsten festgelegt hätten⁴⁸⁷. Das ist eine erhebliche Abweichung von der Auswirkung einer sittenwidrigen Laufzeit nach § 138 BGB, bei dem § 139 BGB zur Anwendung kommen kann⁴⁸⁸. Obwohl sich die Anwendung des § 139 BGB aus praktischen Erwägungen auch hier anböte, wird dieser Weg angesichts des klaren Wortlauts des § 307 BGB, wonach inkriminierte Klauseln unwirksam sind, nicht gegangen. Da auch keine gesetzlichen Vorschriften gemäß § 306 II BGB für die hier behandelten Laufzeitregelungen existieren, hat das zur Folge, dass diese Lücke mangels einer dispositiven Ersatzregelung bzw. einer ergänzenden Vertragsauslegung nicht geschlossen werden kann. Damit wird gemäß § 306 III BGB der gesamte Vertrag unwirksam⁴⁸⁹. Nach einer anderen Auffassung ist der Vertrag mit einer nach AGB-Recht unwirksamen Laufzeitregelung jederzeit kündbar, da eine Zeitbestimmung fehlt⁴⁹⁰.

Als Zwischenfazit lässt sich feststellen, dass bei der Beurteilung der Laufzeiten der Maßstab des § 138 BGB bis heute im Vordergrund steht, obwohl eine genaue Abgrenzung der Kriterien zu denen des § 242 BGB oder ab 1976 des § 9 AGBG, später § 307 BGB in der Regel nicht stattfindet. § 138 BGB dürfte deswegen den Vorrang genießen, weil die Laufzeitregelungen in der Regel individuell vereinbart werden, und das AGB-Recht insofern unanwendbar ist.

⁴⁸³ BGHZ 83, 169; BGH NJW 1988, 2536 (dazu Anmerkung Horn, EWiR 1988, 967); BGH DB 1990, 1323; BGH NJW 1993, 2369 (mit Anmerkung Lindacher, EWiR 1993, 833); BGHZ 143, 113; BGH NJW 2001, 2331; auf § 9 AGBG kommt es natürlich dann nicht an, wenn eine Bezugsverpflichtung mit einer Laufzeit als überraschende Klausel i. S. d. § 3 AGBG (heute: § 305 c I BGB) im Vertragswerk enthalten ist, vgl. BGH NJW 1978, 1519 f.

⁴⁸⁴ Vgl. BGHZ 99, 274 (mit Anmerkung Stürner/Münch, EWiR 1987, 323); BGH WM 1990, 1927 (mit Anmerkung Rehbein, EWiR 1991, 45); BGHZ 114, 9 (dazu Clemente, EWiR 1991, 457)

⁴⁸⁵ BGH NJW 2001, 2331 f.

⁴⁸⁶ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 306 Rz. 8; Ebenroth S. 53

⁴⁸⁷ BGH NJW 2000, 1114

⁴⁸⁸ S. o. E III. 1. 1.

⁴⁸⁹ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 306 Rz. 10

⁴⁹⁰ Jickeli, S. 155; Canaris in: FS Steindorff, S. 552

Für den Fall, dass die Laufzeit vom Verwender in seinen AGB vorgegeben wurde, besteht eine große Diskrepanz in den Rechtsfolgen: je nachdem, ob eine Laufzeit nach § 138 BGB für unwirksam erklärt wird oder nach § 307 BGB, wird die unwirksame Laufzeit zum einen gemäß § 139 BGB auf die noch zulässige Laufzeit begrenzt⁴⁹¹. Nach dem Recht der AGB ist eine derartige Klausel insgesamt und wegen der Wichtigkeit für den gesamten Vertrag auch vollständig unwirksam, ohne dass eine Heilungsmöglichkeit besteht, bzw. der Vertrag sofort kündbar ist.

Diesem Bewertungsunterschied kann nicht zugestimmt werden. Denn bevor eine Gesamtunwirksamkeit gemäß § 306 III BGB den gesamten Vertrag umfasst, besagt § 306 I BGB, dass als Regelfall der Vertrag trotz einer unwirksamen Klausel im übrigen bestehen bleibt. Daraus folgt, dass die Gesamtunwirksamkeit des Vertrages die Ausnahme bei einer nach § 307 BGB unwirksamen Klausel sein soll. Zwar gibt es keine dispositiven gesetzlichen Regeln, auf die man bei der Bemessung einer höchstzulässigen Laufzeit als Ersatzlösung zurückgreifen könnte. Aber was spricht gegen die Anwendung einer ergänzenden Vertragsauslegung? Hätten die Parteien die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages in Kauf genommen, wenn sie den Vertrag nicht für die ursprüngliche Laufzeit hätten aufrechterhalten können? Es ist dabei zu beachten, dass der Lieferant durch seine Gegenleistung z. B. im Rahmen einer Finanzierung eine langfristige Absatzmöglichkeit sucht, und der Abnehmer mit der Gegenleistung häufig erst in die Lage versetzt wird, sein Geschäft langfristig aufzubauen und zu konsolidieren. Beide Parteien sehen das Geschäft, unabhängig von einer nach § 307 BGB unwirksamen Laufzeitregelung als eine langfristige Kooperation an. Damit schließen die beiden Parteien auch den zugrunde liegenden Vertrag als einen langfristigen ab. Man wird daher für diesen Fall den hypothetischen Parteiwillen für diesen Fall nicht abstreiten können, dass beide Parteien zumindest für die von der Rechtsprechung im Einzelfall zugebilligte Höchstlaufzeit vertraglich gebunden sein wollen, wenn sie den Fall einer evtl. Unwirksamkeit der Laufzeitregelung bedacht hätten⁴⁹². Mit Hilfe dieser Auslegung wird darüber hinaus ein interessengerechter Gleichklang mit den Fällen des §§ 138 f. BGB geschaffen.

Zwar soll es nicht Sinn der Klauselverbote sein, den Verwender derartiger Klauseln dadurch zu privilegieren, dass die Regelung im Wege der geltungserhaltenden Reduktion mit einem gerade noch zulässigen Inhalt aufrecht erhalten wird. Bei den hier besprochenen langfristigen Lieferungsverhältnissen würde aber ein kompletter Wegfall des Vertrages beiden Seiten keine Vorteile bringen, denn beide sind angesichts ihrer Gegenleistungen und Dispositionen daran interessiert, ihre Kooperation langfristig aufzubauen und aufrechtzuerhalten. Der Abnehmer würde dadurch auch nicht benachteiligt, denn im Falle der Unwirksamkeit des gesamten Vertrages liefe er Gefahr, die erhaltene Gegenleistung unverzüglich nach Bereicherungsgrundsätzen wieder herausgeben zu müssen. Das würde im Einzelfall sein Geschäft wesentlich erschweren, wenn nicht sogar gefährden. Ein Beispiel

⁴⁹¹ S. o. Kap. E III. 1. 1.

⁴⁹² Oetker, S. 560; zum hypothetischen Willen als Anknüpfungspunkt vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 157 Rz. 7, m. w. N.

hierfür wäre ein Pachtvertrag, der als Gegenleistung zur (unwirksamen) Bezugsverpflichtung dann ebenfalls nicht (mehr) bestünde. Umgekehrt hat der Abnehmer bei einer Reduzierung der Laufzeit gemäß der ergänzenden Vertragsauslegung dadurch einen entsprechenden Vorteil, dass das Vertragsverhältnis berechenbar, aber mit einer verkürzten Laufzeit ausläuft.

III. 1. 4. Schadensersatzanspruch bei Verwendung unwirksamer Verträge

Hat der Verwender den Grund für die Unwirksamkeit eines Vertrages zu vertreten, kam es bereits früh in der Rechtsprechung zu der Auffassung, dass für diesen Fall ein Schadensersatzanspruch wegen „Verschuldens bei Vertragsverhandlungen“, der „culpa in contrahendo“ in Betracht kommt⁴⁹³. Dies gilt einerlei, ob unwirksame Geschäftsbedingungen⁴⁹⁴ zu Grunde liegen oder ob eine Unwirksamkeit nach § 138 BGB vorliegt. Diese Grundsätze sind auch nach der Schuldrechtsreform weiter gültig und besitzen nun in den §§ 311 II, 241 II BGB eine gesetzliche Grundlage⁴⁹⁵.

Der Schaden kann in nutzlosen Aufwendungen des Vertragspartners liegen, die dieser im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages erbracht hat. Solche liegen z. B. dann vor, wenn Abnehmer Ausgaben für die Einrichtung eines Absatzobjekts auf der Grundlage eines sittenwidrigen Bezugsvertrages tätigt⁴⁹⁶. Der Haftungsgrund liegt darin, dass der Verwender es an seiner Pflichterfüllung zur Rücksichtnahme auf seinen Vertragspartner hat mangeln lassen, wenn er bei ihm das Vertrauen in einen gültigen Vertrag erweckt hat. Natürlich muss sich der Vertragspartner ein etwaiges Mitverschulden nach § 254 BGB anrechnen lassen, wenn er nicht auf die Wirksamkeit des Vertrages hätte vertrauen dürfen⁴⁹⁷.

III. 2. Der Einfluss des EU-Rechts auf die Rechtsprechung

Für die hier untersuchten Sukzessivlieferungsverträgen ist auch das Kartellrecht von Bedeutung, dessen Einfluss am Beispiel von Getränkelieferungsverträgen untersucht werden soll. In der unmittelbaren Nachkriegszeit war die kartellrechtliche Beurteilung von Sukzessivlieferungsverträgen, mit denen Absatzobjekte durch eine Gegenleistung für einen bestimmten Zeitraum vertikal gebunden werden sollten, davon geprägt, dass der einzelne Vertrag nur in geringem Ausmaß eine

⁴⁹³ BGH NJW 1952, 1130; BGH NJW 1955, 1916; BGH BB 1965, 350; BGH DB 1967, 1085; Martinek/Semler § 14 Rz. 43

⁴⁹⁴ BGH WM 1984, 1198

⁴⁹⁵ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 311 Rz. 41; Vor 307 Rz. 14

⁴⁹⁶ BGHZ 99, 101, mit Anm. Paulusch, EWIR 1986, 1173

⁴⁹⁷ BGHZ 99, 101; Martinek/Semler § 14, Rz. 43

Wettbewerbsbeschränkung beinhaltete. Ein Verstoß gegen die vor dem Inkrafttreten des GWB gültigen Dekartellierungsvorschriften wurde daher seinerzeit verneint⁴⁹⁸.

Seit der Einführung des GWB unterlagen derartige Bezugsbindungsverträge grundsätzlich der Missbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörden im Sinne des § 18 I Nr. 2 GWB a. F (§ 16 GWB n. F.)⁴⁹⁹. Diese sollten im Einzelfall untersuchen können, ob die Verträge die gebundenen Vertragspartner unbillig in ihrer Wettbewerbsfreiheit einschränken. Die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden hatten für die zivilrechtliche Praxis der hier behandelten Verträge allerdings keine besondere Bedeutung⁵⁰⁰. Der Grund hierfür dürfte darin liegen, dass Wettbewerbern grundsätzlich kein Anspruch auf ein Einschreiten der Kartellbehörden eingeräumt wird, weil es nach dem Opportunitätsprinzip im Ermessen der Behörde steht, gegen unzulässige Ausschließlichkeitsbindungen einzuschreiten⁵⁰¹. Außerdem wurden Vertikalbindungen im Wettbewerbsrecht grundsätzlich akzeptiert⁵⁰².

Auch eine grenzüberschreitende, wettbewerbsbeschränkende Wirkung von einzelnen Bezugsbindungsverträgen aus dem Recht der Europäischen Gemeinschaft wurde zunächst dann verneint⁵⁰³, wenn solche Verträge lediglich innerstaatlich zu erfüllen waren. Das in Art. 85 EWG-Vertrages a. F. (Art. 81 EGV n. F.) geregelte Verbot von wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen sowie das Missbrauchsverbot des Art. 86 EWG-Vertrages kam daher zunächst nicht zur Anwendung, da sich die Marktanteile selbst der größten deutschen Brauereien nur auf einen Wert zwischen 5-8 % des Gesamtausstoßes beliefen⁵⁰⁴. Damit fehlte den entsprechenden Absatzvereinbarungen in diesem Bereich die Befähigung, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten spürbar zu beeinträchtigen. Dies wäre jedoch Voraussetzung für eine Verletzung der Art 85 f. EWG-Vertrag a. F. gewesen⁵⁰⁵. Dennoch entwickelte das europäische Gemeinschaftsrecht eine wesentlich wichtigere Rolle für derartige Ausschließlichkeitsbindungen als das nationale Kartellrecht. Dieser Einfluss des europäischen Gemeinschaftsrechts wirkte sich besonders in der Frage der höchstzulässigen Laufzeit von Belieferungsverträgen aus.

⁴⁹⁸ BGH NJW 1952, 344

⁴⁹⁹ BGH LM GWB § 18 Nr. 1; BGH BB 1978, 418; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138, 75; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138, Rz. 130

⁵⁰⁰ Kirchhoff, S. 186; Niederleithinger/Ritter, S. 8; Jickeli, S. 176; eine Ausnahme beschreibt Oetker, S. 520 für Gas- bzw. Kohlensäureverträge

⁵⁰¹ BGH BB 1978, 418; Niederleithinger, S. 17; Schuster, S. 22; a. A. Kapp, S. 191 f.

⁵⁰² Bayreuther, S. 340 f.; Oetker, S. 522

⁵⁰³ EuGH NJW 1970, 2181

⁵⁰⁴ Jakob-Siebert/Reichl EuZW 1992, 435; Ebenroth, S. 137; Bühler, S. 38; Wiedemann II, GVO 1984/83, Rz. 16 geht sogar von einem Wert von unter 5 % aus

⁵⁰⁵ Vgl. EuGH Rs 63/75, Slg. 1976, 111; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138, Rz. 75; Bühler, S. 87

III. 2. 1. Die „Bündeltheorie“

Der einzelne Bierlieferungsvertrag zwischen einem Produzenten und seinem Abnehmer ist - singulär betrachtet - nicht in der Lage, den zwischenstaatlichen Handel spürbar zu beeinträchtigen, da einzelne Verträge nur geringen Einfluss auf den betreffenden Markt haben können. Die hier diskriminierten Sukzessivlieferungsverträge wären also bei isolierter Betrachtung europarechtlich nie relevant geworden⁵⁰⁶.

Um eine gemeinschaftsrechtliche Beeinträchtigung durch derartige Sukzessivlieferungsverträge darzustellen, hätte es also eines bedeutenderen Einflusses auf den zwischenstaatlichen Handels bedurft. Was lag daher näher, als die einzelnen Absatzverträge von Unternehmen in ihrer Wirkung zusammen zu betrachten? Eine spürbare Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels könnte daraus abgeleitet werden, dass eine Vielzahl paralleler Verträge den relevanten Markt prägen und dass damit, - nach Abschaffung hoheitlicher Handelsschranken - nunmehr privatrechtlich geprägte Handelsschranken entstünden⁵⁰⁷.

Eine solche Bündelung einzelner, nebeneinander und unabhängig von einander bestehender Verträge könnte somit grundsätzlich geeignet sein, spürbare Wettbewerbsschranken im zwischenstaatlichen Handeln zu errichten. Dies hat der EuGH als „Bündeltheorie“ bestätigt⁵⁰⁸. Dem haben sich der BGH und das Bundeskartellamt prinzipiell angeschlossen⁵⁰⁹. Durch die Addition kumulativ zu wertender Verträge konnte damit unter Berücksichtigung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem diese Verträge existieren, grundsätzlich die Anwendung des Art. 85. EWG-Vertrag a. F. gerechtfertigt sein.

Auf diese Weise war der Weg zur Anwendung des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. auch für den einzelnen Alleinbezugsvertrag grundsätzlich eröffnet, obwohl die in diesen Sukzessivlieferungsverträgen festgelegten Abnahmemengen nur einen mikroskopisch kleinen Anteil am Gesamtabsatzmarkt ausmachten. Auf Grund der kumulativen Wirkung entfalteten diese „gebündelten“ Verträge eine zwischenstaatliche Wettbewerbsbeschränkung, deren Wirkung über das Gebiet des betroffenen Mitgliedsstaats hinausgehen konnte⁵¹⁰. Ausländische Lieferanten würden nach dieser Auffassung dadurch an einem ungehinderten Marktzutritt beeinträchtigt und damit unzulässig behindert⁵¹¹.

⁵⁰⁶ BGH ZIP 1988, 1182, mit Anmerkung von Assmann, EWiR 1988, 737; OLG Karlsruhe EuZW 1990, 102; Schmitt S. 23

⁵⁰⁷ Jakob-Siebert/Reichl EuZW 1992, 434; Bunte/Sauter, Kap. II. 1., Rz. 18 f.; Wiedemann I, AT, Rz. 8; vgl. Bayreuther S. 154

⁵⁰⁸ EuGH NJW 1968, 368; EuGH NJW 1977, 2020; Schröter/Jakob/Mederer Art. 81 FG III. 4, Rz. 6 f.

⁵⁰⁹ BGH NJW 1970, 1131; Bkarta WuW/E Bkarta 2010 (1983); Niederleithinger, S. 39 ff., 49 ff.

⁵¹⁰ Koch, in: Grabitz, Kommentar zum EWG-Vertrag Art. 85, Rz. 94 m. w. N. (1984)

⁵¹¹ Vgl. Niederleithinger/Ritter, S. 57

Freilich wurde das bloße Bestehen derartiger Verträge für sich allein genommen noch nicht als ausschlaggebend für die Berücksichtigung der Bündeltheorie gehalten⁵¹². Hierzu bedurfte es einer weiteren Entwicklung der Bündeltheorie. Diese wird nachfolgend am Beispiel der Absatzverträge im Gaststättenbereich dargestellt. Sie war jedoch auch für andere Vertriebsformen entsprechend anzuwenden⁵¹³. Letztendlich sind zahlreiche Aspekte dieses Rechtsfindungsprozesses in die heute geltende GVO 2790/99 mit eingeflossen, so dass die Bündeltheorie für deren Verständnis maßgeblich ist.

- Die EWG-VO 67/67

Für Alleinvertriebsvereinbarungen wurde am 22. 3. 1967 die Gruppenfreistellungsverordnung Nr. 67/67 EWG erlassen. Bei deren Verabschiedung hatte man noch keinen Anlass gesehen, innerstaatliche Alleinabsatzverträge in die Verordnung mit einzubeziehen. Seinerzeit wurde davon ausgegangen, dass diese nur ausnahmsweise geeignet seien, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Der Anwendungsbereich der Verordnung wurde vom EuGH⁵¹⁴ ausdrücklich auch auf Alleinbezugsverträge ausgeweitet, obwohl der Wortlaut sich auf Alleinvertriebsverträge beschränkt hatte. Auf diese Weise waren auch die Bierlieferungsverträge von der darin geregelten Freistellung positiv betroffen und freigestellt⁵¹⁵.

- Die EWG-VO 1984/83

Seit 1983 wurden Ausschließlichkeitsbindungen in neuen Vorschriften geregelt. Für Getränke- und Bierlieferungsverträge war die Verordnung der Kommission der Europäischen Gemeinschaft 1984/83 maßgeblich, sie löste die Verordnung 67/67 nach deren Auslaufen ab⁵¹⁶. Nach Art. 6 der Verordnung 1984/83 konnte Art. 85 EWG-Vertrag a. F. auf Bierlieferungsverträge nicht angewendet werden, wenn die einzelnen Verträge inhaltlich bestimmte Kriterien dieser Verordnung erfüllten. Dazu zählte Art. 7, wonach dem Abnehmer und Wiederverkäufer nur bestimmte Warenbezugspflichten auferlegt werden konnten. Insbesondere durften mit dem Abnehmer keine weiteren, ausschließlichen Bezugspflichten über Getränke oder Dienstleistungen hinaus vereinbart werden, Art. 8 I a. Neu war insbesondere, dass die Verordnung 1984/83 die maximale Laufzeit von Alleinbezugsverträgen, die sich auf Bier beschränkten, auf 10 Jahre, für Alleinbezugsverträge für Bier und andere (in

⁵¹² EuGH NJW 1968, 368; Gleiss/Hirsch, Rz. 164

⁵¹³ Schröter/Jakob/Mederer Art. 81 FG III. 4, Rz. 146; Gleiss/Hirsch, Rz. 164

⁵¹⁴ EuGH NJW 1977, 2020; vgl. Schröter/Jakob/Mederer Art 81 FG III. 4, Rz. 140 ff.

⁵¹⁵ Niederleithinger, S. 79; Bühler, S. 212; Kirchhoff, S. 281; Bunte/Sauter, Kap. II. 1, Rz. 18; Kap. III..

2., Rz. 5

⁵¹⁶ Im übrigen galten für den vertikalen Vertrieb noch die EWG-VO 1983/83 (Alleinvertrieb) und die EWG-VO 4087/88 (Franchise)

der Regel betrifft das die alkoholfreien) Getränke auf maximal 5 Jahre (Art. 8 I c, d) begrenzten. Besonderheiten galten bei einer Bezugsabrede, die im Zusammenhang mit einem Pachtvertrag eingegangen wurde, Art. 8 II.

Fiel ein Bierlieferungsvertrag nicht unter die Gruppenfreistellung der Verordnung 1984/83, so war damit noch nicht sofort der gesamte Vertrag nichtig. Gemäß Art. 85 II EWG-Vertrag a. F. waren nur die nach Abs. I dieses Artikels verbotenen Vertragsbestandteile nichtig. Erst wenn sich die verbotenen Teile nicht von den übrigen Teilen des Vertrages trennen ließen, war der gesamte Vertrag nichtig⁵¹⁷.

Da die Verordnung 1984/83 diese Bezugsverträge strenger behandelte und insbesondere hinsichtlich der höchstzulässigen Laufzeiten striktere Regeln aufstellte, verunsicherte sie die entsprechenden Rechtskreise und die Rechtsprechung vor allem auch in Deutschland erheblich. Da die Kommission der EU die Instanz hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Verordnung 1984/83 war, die derartige, unter die Verordnung fallende Verträge zu prüfen hatte, bedeutete dies nicht automatisch eine Bindungswirkung der innerstaatlichen Gerichte an die Praxis der EU-Kommission. Allerdings berücksichtigten innerstaatliche Gerichte bei der Beurteilung derartiger Verträge zunehmend die Kriterien der Verordnung, so dass sie mittelbar große Bedeutung erlangten⁵¹⁸.

Auf der Grundlage dieser Verordnung 1984/83 entwickelte sich nun eine sehr kontroverse Diskussion zur Bündeltheorie. Zahlreiche Abnehmer, die noch Verträge mit einer längeren Laufzeit als die gem. Art. 8 I zugelassenen zehn bzw. fünf Jahren erfüllen mussten, sahen hier eine Chance, sich mit Hilfe dieser Verordnung vorzeitig aus der Bezugsbindung befreien zu können. Daher war die Frage von großer praktischer Bedeutung, ob, in welchem Umfang und mit welchen Folgen ein innerstaatlicher Bierlieferungsvertrag zwischen einem Lieferanten und einem Gastwirt eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung im Sinne des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. darstellte⁵¹⁹. Den juristischen Hintergrund dieser Diskussion bildete die Frage, ob der einzelne Bierlieferungsvertrag eines Gastwirts mit seinem, u. U. am gleichen Ort ansässigen und nur lokal agierenden Fachgroßhändler und Lieferanten in der Lage sein konnte, zwischenstaatliche, wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen im Sinne des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. zu entfalten. Hierzu wurde das Argument in die Diskussion eingeführt, in der Bundesrepublik Deutschland seien

⁵¹⁷ EuGH AS 1966, 282, BB 1966, 836; OLG Stuttgart WRP 1986, 119

⁵¹⁸ BGH NJW 1985, 2895; mit Anmerkung Berg EWiR 1985, 613; vgl. auch Palandt-Heinrichs, 60. Aufl., § 11 AGBG, Rz. 83;

⁵¹⁹ Für die Einbeziehung innerstaatlicher Verträge: Wahl, Der Bierlieferungsvertrag, 3. Auflage, S. 35 ff.; ders. NJW 1985, 534; NJW 1988, 1431; OLG Stuttgart WRP 1986, 119; a. A.: Niederleithinger, Praxis und Grenzen der Ausschließkeitsverträge nach deutschem und europäischen Kartellrecht, 1984, S. 49 ff., 57 ff.; Wiedemann, Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts, Bd. II 1990, Einl. GVO 1984/83, Rz. 9 ff., 20-22; S. 100 ff., 109; v. Braunmühl NJW 1985, 2071 (der Autor war lange Zeit Syndikus der König-Brauerei, Duisburg); Sedemund NJW 1988, 3069; Pluta WRP 1990, 392; Bühler, EuZW 1990, 86; OLG Hamm NJW 1988, 1473; OLG Hamm GRUR 1987, 842

50-60 % des Gastronomiemarktes durch Alleinbezugsverträge gebunden⁵²⁰. Auf diese Weise wurde mit Hilfe der oben erläuterten „Bündeltheorie“ die Meinung begründet, alle einzelnen Belieferungsverträge seien daher zusammen in ihrer Gesamtheit zu betrachten. Somit ergäben alle einzelnen Verträge zusammen „im Bündel“ eine Abschottungswirkung des deutschen Marktes. Das müssten auch innerstaatliche Gerichte bei einem Verstoß gegen die Verordnung 1984/83 berücksichtigen und den betreffenden Vertrag gem. Art. 85 I EWG-Vertrages a. F., § 134 BGB⁵²¹ für unwirksam erklären oder zumindest die Laufzeit auf die maximale Zehn-Jahres-Frist des Art. 8 I beschränken.

Stützen konnten sich die Vertreter dieser Ansicht bezüglich des Bindungsgrades auf den 17. Wettbewerbsbericht der Kommission von 1988. Darin wurde ausgeführt, dass in Deutschland 60 % der Gaststätten gebunden seien. Dies führe zu einer Marktabschottung gerade auch für ausländische Anbieter. Tatsächlich haben verschiedene Gerichte mit dem Hinweis auf diesen hohen Bindungsgrad den Art. 85 EWG-Vertrages a. F. auf einzelne Belieferungsverträge angewandt⁵²².

Die Verordnung 1984/83 hat jedoch den Anwendungsbereich des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. nicht neu definiert. Die darin aufgeführten Kriterien blieben nach wie vor Voraussetzung für die Anwendbarkeit des EU-Rechts⁵²³. Auch der EuGH hatte noch zur Geltungszeit der Verordnung 67/67 festgestellt, dass die kumulative Wirkung der einzelnen, gleichartigen Bezugsverträge nur einen von mehreren Umständen darstellte, die für die Feststellung einer wettbewerbs- und damit handelsbeschränkenden Wirkung maßgeblich waren⁵²⁴. Diese Ansicht stützte auch die Verordnung 1984/83 selbst, da in dem vorgeschalteten Erwägungsgrund Nr. 3 f. zu dieser Verordnung ausgeführt wurde, dass die Alleinbezugsverträge zwischen Unternehmen in einem Mitgliedstaat von dem Verbot erfasst werden können, aber nicht zwingend erfasst werden müssen.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Bündelung derartiger Verträge dann nicht zu beanstanden gewesen wäre, wenn es sich um Vertriebsbindungen nur eines Produzenten/Lieferanten gehandelt hätte. Die oben skizzierte Anwendung der Bündeltheorie wollte jedoch pauschal alle Bezugsbindungen mit berücksichtigen, die von und mit Dritten geschlossen wurden und auf die die beiden Vertragspartner eines zur Diskussion stehenden Sukzessivlieferungsvertrages keinen Einfluss ausüben konnten⁵²⁵. Letztendlich hätte die automatische Einbeziehung eines isolierten Belieferungsvertrages in das marktabschottende Vertragsbündel bedeutet,

⁵²⁰ So Wahl, Bierlieferungsvertrag, S. 36; NJW 1985, 534; NJW 1988, 1432; der Autor war langjähriger Funktionär der Dehoga, dem Interessensverband der Gastronomie; nähere Darlegungen, wie diese Zahl zustande kommt, sind aus dem zitierten Werk nicht ersichtlich.

⁵²¹ Vgl. Jickeli, S. 180

⁵²² OLG Stuttgart WRP 1986, 119; LG Karlsruhe vom 1. 9. 1986 (6 O 271/86; LG Coburg vom 2. 2. 1989 (HK O 190/88); LG Rottweil vom 26. 5. 1989 (3 O 380/89); LG Frankfurt/M. vom 10. 1. 1990 (2/6 O 342/89)

⁵²³ Niederleithinger, S. 7

⁵²⁴ EuGH NJW 1968, 368

⁵²⁵ Bühler, S. 133

dass sich alle Lieferanten und Abnehmer dieses Bündels, wenn auch nicht geplant, so doch effektiv zu einem Kartell zusammengefunden hätten. Davon konnte jedoch keine Rede sein. Gerade die Vielzahl derartiger Verträge mit so zahlreichen Vertragspartnern bewies ja einen funktionierenden Wettbewerb. Immerhin bedeutete diese Konstellation, dass sich selbst bei einem unterstellten Bindungsgrad von 60 % und bei einer durchschnittlichen Laufzeit der Verträge von 10 Jahren jedes Jahr 10 % der gebundenen Abnehmer nach Ablauf der Vertragszeit neu orientieren konnten. Auf Grund des EuGH-Urteils zur Aufhebung des Reinheitsgebots des Bieres⁵²⁶ konnten seither auch ausländische Brauereien in den deutschen Markt eintreten.

Im übrigen wurde der behauptete Bindungsgrad von 60 % nie nachgewiesen. Der bloße Verweis auf einen (unbewiesenen) Bindungsgrad der Absatzstätten reichte daher für eine Anwendung des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. nicht aus⁵²⁷. Eine Einbeziehung derartiger Vertragsbündel kann daher nur in Betracht kommen, wenn weitere Marktkriterien hinzukommen, die die Spürbarkeit des Einflusses einzelner Sukzessivlieferungsverträge auf den zwischenstaatlichen Handel durch eine entsprechende Marktstruktur objektiv zu untermauern⁵²⁸.

Dennoch wollte die am 3. 9. 1986⁵²⁹ verabschiedete Bagatellbekanntmachung nach dem Willen der Kommission Kriterien wie Marktanteile und Gesamtumsätze des Lieferanten mit berücksichtigen. Dies sollte allerdings nicht für einzelne Verträge in übergreifenden Vertragsnetzen gelten, da die Kommission diese Einzelverträge in ihrer Wirkung kumulativ betrachtete⁵³⁰. Die Kommission hielt also an der Bündeltheorie fest.

Die Kontroverse kumulierte schließlich Anfang der 90er Jahre in einer entsprechenden Entscheidungsvorlage des OLG Frankfurt⁵³¹ an den Europäischen Gerichtshof. Der EuGH⁵³² entschied sich dabei für einen Mittelweg zwischen den vorgenannten, sich gegenüberstehenden Auffassungen zur „Bündeltheorie“. Zwar hat er erneut die grundsätzliche Möglichkeit bejaht, dass parallel existierende Sukzessivlieferungsverträge im Sinne der „Bündeltheorie“ in ihrer Wirkung kumulativ betrachtet werden könnten. Die Existenz parallel existierender Bezugsverträge reiche aber allein nicht für die Annahme der „Bündeltheorie“ aus.

⁵²⁶ EuGH vom 12. 3. 1987, in: AS 1987, 1227 f.; Niederleithinger, S. 54

⁵²⁷ Wiedemann II GVO 1984/83, Rz. 17; a. A. Bunte/Sauter Kap. III. 2., Rz., 14 a. E.

⁵²⁸ Gleiss/Hirsch, Rz. 164

⁵²⁹ ABl. EG C 231/2 vom 12. 9. 1986

⁵³⁰ Bühler, S. 196

⁵³¹ OLG Frankfurt, WuW/E OLG, 4420

⁵³² EuGH Sammlung 1991, 504; dazu Paulusch EWiR 1991, 371; Thieme DB 1991, 748

III. 2. 2. Die Anwendung der „Bündeltheorie“ durch den EuGH

Um die zwischenstaatlichen Marktzutrittschancen in dieser von zahlreichen gleichartigen Sukzessivlieferungsverträgen geprägten Branche beurteilen zu können, bedurfte es nach Auffassung des EuGH⁵³³ zunächst der Abgrenzung des so genannten relevanten Marktes. Der EuGH hat hierzu räumliche und sachliche Kriterien herausgearbeitet. Maßgeblich war in diesem Fall der nationale Markt für Bier in Gaststätten⁵³⁴. In Betracht kommen weder der rein regionale noch der gesamte Gemeinsame Markt. Der Einzelhandelssektor für Bier wird bei dieser Betrachtung ebenfalls nicht berücksichtigt⁵³⁵.

Sodann hat der EuGH eine zweistufige Prüfung der Auswirkungen eines Alleinbezugsvertrages auf diesen zuvor bestimmten Markt vorgenommen.

III. 2. 2. a) Die Marktabschottungswirkung durch Ausschließlichkeitsbindungen

Zunächst war zu prüfen, ob durch die Existenz mehrerer Bierlieferungsverträge der Zugang zu dem relevanten Markt beeinträchtigt wurde⁵³⁶:

- Solche Spürbarkeitsvoraussetzungen erforderte ein entsprechendes Vertragsnetz gleichartiger Verträge, die eine bedeutende Anzahl von Absatzstellen an einige inländische, wirtschaftlich bedeutende Lieferanten banden. Hierbei vermied es der EuGH, sich auf einen Prozentwert eines Bindungsgrades des relevanten Marktes als Kriterium festzulegen. Das ist auch angesichts des sich ständig ändernden Grades der Vertragsbindung verständlich. In die Betrachtung flossen das Verhältnis der gebundenen zu den ungebundenen Gaststätten ebenso ein wie die Dauer dieser Bezugsbindungen und die davon erfasste Absatzmenge, letztere wiederum betrachtet zum Verhältnis der in ungebundenen Absatzstellen abgesetzten Biermengen.

- Außerdem war als weiteres Merkmal zu untersuchen, ob und wie es neuen potentiellen Mitbewerbern möglich war, sich trotz des bestehenden Vertragsnetzes der inländischen Brauereien in den relevanten Markt einzubringen, um so den relevanten Markt für sich zu öffnen.

- Kam man nach Abschluss dieser Prüfung⁵³⁷ zu dem Ergebnis, dass das Vertragsbündel in seiner kumulativen Betrachtung nicht zu einer Marktabschottung

⁵³³ Bereits EuGH NJW 1968, 368; EuGH RIW 1991, 504

⁵³⁴ Gleiss/Hirsch, Rz. 1392; Semler/Bauer DB 2000, 199 f.

⁵³⁵ EuGH RIW 1991, 504; differenzierter Jehle EuZW 1991, 373

⁵³⁶ EuGH NJW 1968, 368; vgl. Niederleithinger, S. 52 f.; Jehle EuZW 1991, 373

⁵³⁷ Hierzu v. Braunmühl, WuW 1991, 888

für neue Marktteilnehmer führte, so schied bereits jetzt die Anwendung des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. aus⁵³⁸.

Ergab die Prüfung dagegen, dass der relevante Markt schwer zugänglich war, musste in einer zweiten Stufe geprüft werden, inwieweit der betroffene Lieferant mit seiner einzelnen Bezugsbindung zur Marktabstottung auf Grund seines bestehenden Vertragsbündels beitrug. Dieser Beitrag musste seinerseits in erheblichem Ausmaß zur Marktabstottung geeignet sein. Bierlieferungsverträge von Lieferanten, deren Beitrag zur Marktabstottung sich als unerheblich erweisen, fielen nicht unter den Verbotstatbestand des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. Der EuGH gab für diese Prüfung zwei weitere Kriterien vor.

III. 2. 2. b) Der Einfluss der Marktstellung des Lieferanten

Diese zwei weiteren Kriterien wurden für den Fall, dass der Zugang zum relevanten Markt erschwert wurde und der Lieferant zur Marktabstottung beitrug, wie folgt benannt:

- Zunächst war die Marktstellung des Lieferanten, insbesondere sein Marktanteil, zu bewerten. Letzterer ergab sich aus der Anzahl der an ihn gebundenen Absatzstellen im Verhältnis zur Anzahl der gesamten Absatzstätten, gebunden oder ungebunden, des relevanten Marktes.
- Daneben war die Vertragsdauer von Bedeutung, die mit der Durchschnittsdauer der auf dem Markt üblichen Verträge verglichen wurden. Erst wenn die streitbefangene Vertragsdauer hiervon offensichtlich unverhältnismäßig abwich, sollte der Art. 85 EWG-Vertrag a. F. auf den einzelnen Vertrag direkt anwendbar sein. Dadurch konnten auch Bierlieferungsverträge von Brauereien mit einem kleinen Marktanteil, aber erheblich über dem Durchschnitt liegenden Laufzeiten zur Marktabstottung beitragen. Umgekehrt bewirkten dies aber auch die Verträge einer Brauerei mit einem großen Marktanteil, welche die ihr verpflichteten Absatzstätten mit einer kürzeren Laufzeit belegten.

Der EuGH hat die „Bündeltheorie“ hier also einer differenzierten Betrachtung unterzogen. Während es vom ursprünglichen Verständnis der Bündeltheorie her allein auf das „Bündel“ ankam, unabhängig, welchen Anteil der einzelne Vertrag als

⁵³⁸ Die oft beschworene Markentreue der deutschen Biertrinker soll nach dem EuGH ebenfalls bereits eine marktabstottende Wirkung entfalten, so Thieme DB 1991, 748. Die in der zweiten Hälfte der 90er Jahren begonnenen Akquisitionen ausländischer Brauereien auf dem deutschen Brauereimarkt (z. B. Erwerb der Beck's-Gruppe, Bremen, sowie der Brauereien Diebels, Gilde und Hasselöder durch die Interbrew, Belgien, bis hin zur Beteiligung der niederländischen Heineken-Gruppe an der Fürstenberg-Brauerei) wie auch die Aufnahme neuer Bierprodukte auf dem Gastronomiemarkt spricht indessen für eine relative Offenheit dieses Marktes.

Teil des Bündels daran hatte⁵³⁹, wollte der EuGH nun zu Recht diejenigen Lieferanten aus dem Verbotstatbestand von vorne herein ausnehmen, deren Beitrag zur kumulativen Marktabschottung unerheblich war.

Der Urteilstext des EuGH enthält jedoch einen Widerspruch in sich. Denn bei der Beurteilung, inwieweit eine Brauerei zur Abschottungswirkung beiträgt, bezieht sich der EuGH in den Erwägungsgründen 24 und 25 im Plural auf „die“ Bierlieferungs-„verträge“ dieser jeweiligen Brauerei. Damit sind also alle Bierlieferungsverträge dieser Brauerei als „Bündel im Bündel“ danach zu beurteilen, ob sie zusammen genommen zu einer Marktabschottungswirkung beitragen.

Sowohl im Erwägungsgrund 27 als auch im Entscheidungsgrund 1 ist hingegen lediglich von dem „*einzelnen*“ streitigen Vertrag die Rede⁵⁴⁰. Nun ist es evident, dass es unterschiedliche Folgen hat, ob nur der eine streitbefangene Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Bezugsverpflichtung Gegenstand der Betrachtung zur Marktabschottungswirkung ist oder ob alle betreffenden Verträge einer Brauerei in diese Beurteilung einfließen müssen. Dementsprechend gab es im Schrifttum Stimmen, die sowohl die eine wie auch die andere Seite befürworteten⁵⁴¹. Der BGH hat sich für den Entscheidungsausspruch 1 des EuGH als maßgebliche Quelle entschieden. Demnach kommt es für die Beurteilung des Einzelfalls auf die Betrachtung des einzelnen Vertrages an. Entsprechend hat der BGH diese Auslegung auf die Beurteilung eines einzelnen Vertrages einer großen Brauerei angewandt⁵⁴². Der einzelne Vertrag muss somit in erheblichem Maße zur Marktabschottung beitragen. Eine Ausdehnung auf alle Verträge dieser Brauerei kommt demnach nicht in Betracht. Denn es kann nicht von vorne herein gesagt werden, dass alle Bierlieferungsverträge einer Brauerei per se nach Art. 85 II EWG-Vertrages a. F. nichtig sind. Da die Bierlieferungsverträge einer Brauerei in der Regel standardisiert sind, scheint eine derartige Aussage auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar. Innerhalb des Vertragswerks einer Brauerei werden jedoch trotz dieser Standardisierung kundenseitig immer häufiger Ausnahmeregelungen verhandelt, die sich auf die Ausschließlichkeit, die Vertragsdauer, die verpflichteten Sorten etc. beziehen, so dass die Schlussfolgerung des BGH, sich nur den einzelnen Vertrag anzuschauen, letztendlich doch berechtigt ist⁵⁴³.

⁵³⁹ Jakob-Siebert/Reichl, EuZW 1992, S. 435; Wahl, S. 35 ff.

⁵⁴⁰ Vgl. Schmitt, S. 36; Jakob-Siebert/Reichl, EuZW 1992, S. 436; Niederleithinger, EWiR 1992, 47 f.; v. Braunmühl WuW 1991, 888, 890; Thieme DB 1991, 748 spricht von klaren Grundsätzen, die der EuGH hier vorgegeben habe. Das ist zweifelhaft.

⁵⁴¹ Jakob-Siebert/Reichl, EuZW 1992, S. 434 und v. Braunmühl, WuW 1991, 889, stellen auf „die“ Verträge ab; Ebenroth/Rapp JZ 1991, 964 dagegen auf den Einzelvertrag

⁵⁴² BGH NJW 1992, 1546; m. Anm. Niederleithinger EWiR 1992, 47 f.; Anm. Köhler LM EWG-Vertrag Nr. 27

⁵⁴³ So werden immer häufiger Ausstiegsklauseln des Gastwirts, Ausnahmen von der Ausschließlichkeit, eine Aufhebung der Ausschließlichkeit nach einer gewissen Laufzeit, Sonderkündigungsrechte, die Erlaubnis von Mitbezug von Produkten anderer Brauereien, das Absehen von Mindestbezugsmengen u. v. m. vereinbart. Vgl. auch oben Kap. E III. 1. 3. 1., 2. zur in der Regel individuellen Bestimmung der Vertragslaufzeit

III. 2. 2. c) Schlussfolgerungen der EU-Kommission aus der EuGH-Rechtsprechung

Die Entscheidung des BGH⁵⁴⁴ traf jedoch auf Widerspruch⁵⁴⁵. In der Tat büßte die „Bündeltheorie“ zumindest auf der o. a. Prüfungsebene ihre Bedeutung nach der genannten Rechtsprechung ein⁵⁴⁶, da ein einzelner Vertrag schwerlich ein erheblicher Marktabschließungsbeitrag sein kann. Auch aus diesem Grund entschloss sich die EU-Kommission im Mai 1992⁵⁴⁷ zu einer Präzisierung der Behandlung einzelner Verträge kleinerer Brauereien. Diese dienten seither als Leitlinie für die Behandlung dieses Problemfeldes.

Zur Erläuterung der Stellung des Lieferanten auf dem relevanten Markt wurden drei Kriterien benannt. Lagen diese vor, fiel ein Bierlieferungsvertrag grundsätzlich nicht unter Art. 85 I EWG-Vertrag a. F. Im Einzelfall konnte die Kommission aber Vereinbarungen, die die nachgenannten Kriterien nicht erfüllen, dennoch als wettbewerbsrechtlich unerheblich einstufen. Dies galt insbesondere, wenn nur eine geringe Anzahl von Absatzstellen vertraglich gebunden waren. Als Kriterien wurden benannt,

- dass die betreffende Brauerei auf dem relevanten Markt einen Marktanteil von höchstens 1 % hält. Dieses Kriterium des 1 %-igen Marktanteils wird auf dem deutschen Markt angesichts der starken Zersplitterung des deutschen Brauereigewerbes von einer Vielzahl von insbesondere mittelständischen Brauereien unterschritten⁵⁴⁸.
- dass die betreffende Brauerei nicht mehr als 200 000 hl Bier pro Jahr ausstößt. Diesen Schwellenwert von 200.000 hl Jahresausstoß erreichen in Deutschland nur etwa 10 % der deutschen Brauereien. Hier zeigt sich, dass sich der Konzentrationsgrad der deutschen Brauereilandschaft erheblich von dem anderer Mitgliedsstaaten unterscheidet. Es ist jedoch nicht zu übersehen, dass der Aufkauf mittelständischer Brauereien durch Konkurrenten in der Zukunft diese Struktur verändern kann. Andererseits zeigt gerade diese Entwicklung, an der sich auch Unternehmen aus anderen Mitgliedsstaaten beteiligen, dass der deutsche Markt für ausländische Marktteilnehmer durchaus geöffnet ist.
- dass die Ausschließlichkeitsvereinbarung nicht länger als 7,5 Jahre bei der Bezugsverpflichtung von Bier und alkoholfreien Getränken bzw. nicht länger als 15 Jahre bei einem Alleinbezug von Bier läuft. Hierbei ist es interessant, dass die EU-Kommission den Begriff der „offensichtlich unverhältnismäßig“ langen Dauer von Bezugsbindungen dahin präzisiert hat, dass erst bei einer Überschreitung der

⁵⁴⁴ BGH NJW 1992, 1546

⁵⁴⁵ Niederleithinger, EWiR 1992, 47 f., meint, der BGH habe den EuGH „gründlich missverstanden“.

⁵⁴⁶ Jakob-Siebert/Reichl, EuZW 1992, S. 435; Niederleithinger, EWiR 1992, 48

⁵⁴⁷ Bekanntmachung der Kommission vom 13. 5. 1992, Amtsblatt der EG vom 13. 5. 1992, Nr. C 121/2

⁵⁴⁸ Jakob-Siebert/Reichl, EuZW 1992, 435 zu den Marktangaben

in Art. 8 I c, d der Verordnung 1984/83 festgelegten Laufzeiten um 50 % dieses Kriterium als erfüllt anzusehen ist.

III. 2. 2. d) Sortimentsklauseln als weiteres Kriterium

Ein weiteres Kriterium des EuGH⁵⁴⁹ ist die Aufnahme einer so genannten Öffnungsklausel in den Bierlieferungsvertrag, die dem Abnehmer den Bierbezug aus anderen Mitgliedstaaten erlaubt. Dem Abnehmer wird damit eine Sortimentserweiterung möglich. Eine derartige Klausel macht den Art. 85 EWG-Vertrag a. F. unanwendbar, da das vertragliche Wettbewerbsverbot dadurch eingeschränkt wird.

Voraussetzung ist allerdings eine nicht nur hypothetische und in der Praxis völlig bedeutungslose Belieferungsalternative aus dem Gemeinsamen Markt. Eine solche Belieferungsalternative wird man realistischerweise bejahen müssen, wenn der Abnehmer auf Grund der Öffnungsklausel in der Lage ist, die ausländischen Konkurrenzprodukte nicht nur direkt bei dem Produzenten, sondern auch bei Drittunternehmen, z. B. bei Importeuren, zu erwerben.

Die Öffnungsklausel darf jedoch nicht dadurch entwertet werden, dass der Abnehmer an Mindestabnahmemengen gebunden ist, bei deren Nichteinhaltung er besondere Sanktionen wie z. B. Schadensersatz zu vergegenwärtigen hätte. In diesem Fall hätte die Öffnungsklausel für den Gastwirt nur eine theoretische Bedeutung, wenn die verpflichtete Sorte den überwiegenden Anteil an seinem Bierabsatz darstellte.

Der EuGH hat weiterhin den Art. 6 I der Verordnung 1984/83 bestätigt, nach dem ein Bierlieferungsvertrag die verpflichteten Sorten genau zu spezifizieren hat, wenn er in den Genuss der Gruppenfreistellung dieser Verordnung kommen will. Dabei ist das verpflichtete Sortiment aus dem Vertragstext selbst und nicht etwa nur aus beigefügten Sortimentslisten zu entnehmen, die der Lieferant einseitig ändern kann⁵⁵⁰. Da es in diesem Fall auf den Schutz des Abnehmers vor einseitigen Änderungen ankommt, sollte eine übereinstimmende Bezugnahme im Vertragstext auf eine als Vertragsanlage beigefügte Preis- oder Sortimentsliste möglich sein, um der Pflicht zur Sortimentsspezifizierung des Art. 6 I der Verordnung 1984/83 zu genügen.

⁵⁴⁹ EuGH RIW 1991, 504

⁵⁵⁰ Vgl. auch Jehle, EuZW 1991, 374

III . 2. 2. e) Darlegungs- und Beweispflichten zu den EuGH-Kriterien in der deutschen Rechtsprechung

Auf Grund der vorgenannten Kriterien haben sich die Anwendungsschwierigkeiten auf die beweisrechtliche Ebene verschoben. Es ist daher vor deutschen Gerichten nur sehr selten dazu gekommen, dass ein inländischer Alleinbezugsvertrag nach Art. 85 I, II EWG-Vertrag a. F. bzw. nach Art. 81 EGV beurteilt wurde. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Parteien in der Regel überfordert sind, den Nachweis der wettbewerbsbeschränkenden Auswirkung eines Vertrages als Bestandteil eines „Bündels“ zu führen⁵⁵¹. Denn sowohl für die Darlegung als auch für den Beweis eines „Bündels“ oder auch für den Nachweis der oben angegebenen Kriterien der Bekanntmachung der EU-Kommission vom 13. 5. 1992⁵⁵² sind eine große Anzahl von Detaildaten erforderlich. Deren gesicherte Erhebung sprengt in der Regel den Rahmen eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens. Allgemein einsehbare Quellen und Veröffentlichungen aus Fachkreisen gibt es nur sporadisch⁵⁵³. Sie sind nur schwer zugänglich⁵⁵⁴ und reichen oft auch nicht aus, um die für einen individuellen Rechtsstreit erforderlichen Feststellungen zu treffen.

Selbst wenn es zu einem bestimmten Zeitpunkt ausgearbeitete Unterlagen zu diesen Marktverhältnissen gibt, unterliegen sie ständiger Veränderung, so dass sie wiederum sehr schnell an Wert verlieren. Daher kann ein deutsches Zivilgericht hierzu in der Regel keine Feststellungen von Amts wegen treffen. Auch der Vorschlag⁵⁵⁵, die o. a. Aussagen der Kommission im Sinne des § 291 ZPO als offenkundige Tatsache zu behandeln, scheitert nicht nur an der mangelnden Aktualität, sondern auch an dem sehr engen Begriff der hierfür erforderlichen „Offenkundigkeit“ dieser Tatsache⁵⁵⁶.

Es wurde daher auch vorgeschlagen, der Gastwirt solle im Prozess schlicht einen bestimmten Prozentsatz behaupten, in welchem Ausmaß deutsche Brauereien die Absatzstätten in Deutschland gebunden hätten. Damit wäre der Substantiierungspflicht des Gastwirts im Zivilprozess Genüge getan⁵⁵⁷. Aber auch hier greifen die Argumente, dass sich dieser Markt ständig entwickelt und ändert. Die schon seit Jahrzehnten immer wieder in die Diskussion geworfenen Zahlen von 50 – 60 % gebundener Absatzstätten⁵⁵⁸ sind weder damals noch aktuell belegt. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Zahlen auf Grund der ohnehin bestehenden Grundfluktuation auf dem Gaststättenmarkt generell ständig ändern. Außerdem ist diese sich ständig verändernde Situation zusätzlich durch die Wiedervereinigung

⁵⁵¹ Vgl. v. Braunmühl WuW 1991, 888; Köhler, LM EWG-Vertrag Nr. 27

⁵⁵² Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft v. 13.5.1992, Nr. C 121/2

⁵⁵³ Bunte/Sauter, Kap. III. 2, Rz. 14

⁵⁵⁴ Vgl. 20. Wettbewerbsbericht der Kommission 1990, Tz. 395

⁵⁵⁵ LG Aachen vom 17. 5. 1988 (41 O 25/88); Jehle EuZW 1991, 374; vgl. Bühler, S. 322

⁵⁵⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 291, Rz. 2, 4

⁵⁵⁷ So Bunte/Sauter, III. 2., Rz. 14; vgl. OLG Hamm NJW 1988, 1474

⁵⁵⁸ So Wahl, S. 32 f.; einen Beleg oder gar Beweis für seine Angabe tritt er nicht an

Deutschlands einerseits und das Erscheinen auch ausländischer Brauereien auf dem deutschen Markt andererseits weiteren Schwankungen ausgesetzt worden. Von anderer Seite sind derartige Zahlen, die die Marktbindung belegen sollten, daher zu Recht substantiiert in Zweifel gezogen worden⁵⁵⁹.

Insofern ist in den Fällen, in denen sich ein Gastwirt auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 81 EGV beruft, auf die allgemeine Darlegungs- und Beweislast des deutschen Zivilprozesses zu verweisen⁵⁶⁰. Danach ist derjenige beweispflichtig, der die Nichtigkeitsfolge des Art. 81 EGV für sich in Anspruch nimmt. Trotz einer verständlichen Beweisnot des Gastwirts im Einzelfall können deshalb an seine Darlegungs- und Beweispflicht keine geringeren Anforderungen als sonst gestellt werden⁵⁶¹ oder gar Beweiserleichterungen bzw. einer Beweislastumkehr zugunsten des Gastwirts das Wort geredet werden. Der Gedanke, die Beweislast demjenigen aufzuerlegen, in dessen Einflussphäre sich ein Vorgang ereignet⁵⁶², wird hier nicht zu einer anderen Bewertung führen können. Denn zahlreiche Kriterien, die der EuGH für die Beurteilung derartiger Sukzessivlieferungsverträge mit Bezugsverpflichtung aufstellt, liegen außerhalb der einem einzelnen Lieferanten zuzuordnenden Sphäre⁵⁶³. Der Beweisnot des einzelnen Gastwirts kann hingegen über einen ihn vertretenden Verband mittels Umfragen in der Gastronomie abgeholfen werden, welcher z. B. den Grad und das Ausmaß von gebundenen Gaststätten ermitteln kann.

Dementsprechend hat der BGH⁵⁶⁴ die Darlegungspflicht der vom EuGH benannten Kriterien weiterhin dem Gastwirt auferlegt. Dem haben sich in der Folgezeit weitere Instanz-Gerichte angeschlossen⁵⁶⁵.

⁵⁵⁹ Vgl. Presseinformation der Kommission IP (90), 472, wonach bei einer Untersuchung der Kommission das Absatzbindungssystem auf dem Biermarkt in Deutschland lediglich einen Bindungsgrad von 25 % aufweise; s. auch Jehle EuZW 1991, 374

⁵⁶⁰ BGH NJW 1988, 1473; OLG Köln NJW-RR 1989, 1336, mit Anmerkung von Thamm/Detzer, EWIR 1990, 383; OLG München NJW-RR 1990, 190; OLG Karlsruhe EuZW 1990, 102; Wiedemann II GVO 1984/83, Rz. 22, mit Hinweis auf das nationale Kartellrecht, dass bislang keine Missbrauchsverfahren gemäß § 18 GWB a. F. durchgeführt wurden

⁵⁶¹ BGH NJW 1970, 1131; OLG Frankfurt NJW-RR 1990, 190 f.; Ebenroth/Rapp JZ 1991, 962/5

⁵⁶² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, Anh. § 286, Rz. 12

⁵⁶³ Ebenroth/Rapp JZ 1991, 962/5

⁵⁶⁴ BGH NJW 1992, 2145; vgl. auch Ebenroth/Rapp, JZ 1991, 964; Sedemund NJW 1988, 3070; Paulusch EWIR 1991, 371/2

⁵⁶⁵ OLG Köln NJW-RR 1989, 1337; OLG Karlsruhe EuZW 1991, 31 f.; OLG Düsseldorf OLGR Düsseldorf 1992, 318 f.; OLG Stuttgart NJW-RR 1993, 937; OLG Nürnberg RIW 1993, 327; LG Köln NJW-RR 1994, 242; Gruber NZM 1999, 1078

III. 2. 3. Die VO 1984/83 als Leitlinie für die deutsche Rechtsprechung?

Häufig ist bis heute im Hinblick auf das EU-Recht vorgeschlagen worden, die Laufzeitbegrenzungen der Verordnung 1984/83 von 5 bzw. 10 Jahren solle als „Leitbild“ für die Inhaltskontrolle von formularmäßig festgelegten Laufzeitregelungen dienen⁵⁶⁶. Dies solle unabhängig davon gelten, ob europäisches Recht auf einen Belieferungsvertrag anzuwenden war. Die zeitlichen Höchstgrenzen der Verordnung 1984/83 zur Bezugsdauer würden dann gleichzeitig die absoluten Höchstgrenzen im Rahmen einer Beurteilung nach § 138 I BGB bzw. § 307 BGB (§ 9 AGBG a. F.) zur Laufzeit darstellen⁵⁶⁷.

Abgesehen davon, dass die Laufzeiten derartiger Bezugsverträge in der Regel individuell vereinbart werden⁵⁶⁸, hat die Verordnung 1984/83 nicht den Schutz des einzelnen Vertragspartners zum Ziel. Sie soll in erster Linie die zwischenstaatlichen Marktzutrittschancen von Wettbewerbern auf den nationalen Märkten regeln⁵⁶⁹. Zwar haben diese Wettbewerbsregeln im Einzelfall auch Rückwirkungen auf die in diesem Markt abgeschlossenen Einzelverträge. In erster Linie bezweckt das Wettbewerbsrecht der EU jedoch, dass die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen Abnehmers dadurch gewährleistet werden soll, dass die Wettbewerbsregelungen einen entsprechenden Wettbewerb ermöglichen.

Dies macht es schwierig, die zeitlichen Grenzen der Verordnung 1984/83 direkt in die zivilrechtliche Beurteilung einfließen zu lassen, ohne dass die weiteren Voraussetzungen des Art. 85 EWG-Vertrages a. F. (Art. 81 EGV) überhaupt nur geprüft werden. Die Verordnung 1984/83 ist keine eigene Verbotsnorm. Sie stellt nur vom Verbotstatbestand des Art. 85 EWG-Vertrag a. F. unter bestimmten Voraussetzungen frei⁵⁷⁰. Eingangsvoraussetzung hierfür ist aber grundsätzlich eine spürbare, zwischenstaatliche Wettbewerbsbeschränkung. Wenn diese erst gar nicht vorliegt, erübrigt sich aus der Systematik des EU-Rechts die weitere Untersuchung, ob der einzelne Vertrag die Freistellungs Voraussetzungen der Verordnung 1984/83 erfüllt. Wollte man den eingangs dargestellten Vorschlag bejahen, würden die Bestimmungen der VO in innerstaatliches Recht implementiert werden, ohne dass dies auf Grund des Art. 85 EWG-Vertrag a. F. überhaupt möglich ist. Die oben dargelegten Beweisprobleme für den einzelnen Gastwirt zur Marktabstottung können daher nicht auf diesem Wege gelöst werden. Juristisch kann es deshalb nur bei der gesetzlichen Darlegungs- und Beweispflicht für eine spürbare zwischenstaatliche Wettbewerbsbeschränkung bleiben.

⁵⁶⁶ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 307 Rz. 91; v. Hoyningen-Huene, Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGB-Gesetz, 1991, Rz. 225; einschränkend Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen Anh. §§ 9-11 Rz. 250; LG Köln vom 4. 2. 1993, 22 O 369/91

⁵⁶⁷ Vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Aufl. § 138 Rz 81

⁵⁶⁸ Vgl. Kapitel E. III. 1. 3. 2.

⁵⁶⁹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 18 zu der Verordnung 1984/83

⁵⁷⁰ Unzutreffend meint Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rz. B 105 sogar, die Verordnung sehe eine Begrenzung auf 5 bzw. 10 Jahren „zwingend“ vor!

Es gibt damit auch keine rechtswissenschaftliche Begründung für eine Übernahme der Laufzeitenfristen der Verordnung 1984/83 in das deutsche Zivilrecht. Die Laufzeitregelung eines Belieferungsvertrages muss somit im Rahmen des § 138 BGB oder des § 307 BGB (§ 9 AGBG a. F.) weiterhin einzelfallbezogen geprüft werden, wobei insbesondere die erbrachte Gegenleistung des Produzenten zu berücksichtigen ist⁵⁷¹.

III. 2. 4. Die neue Rechtslage durch die GruppenfreistellungsVO 2790/99 vom 22. 12. 1999⁵⁷²

Mit dem Grünbuch über vertikale Wettbewerbsbeschränkungen von 1997 hat die EU-Kommission einen Prozess eingeleitet, der das gesamte EU-Wettbewerbsrecht reformierte. Dabei verfolgte die EU-Kommission einen neuen Ansatz, der sich nicht wie früher auf einzelne Branchen, sondern auf alle Vertikalverträge bezog. Außerdem wurden Vertikalbindungen von der EU-Kommission nur dann als kritisch eingestuft, wenn sie mit erheblicher Marktmacht verbunden waren⁵⁷³. Insofern führte diese Einschätzung den dargestellten Ansatz des EuGH weiter.

Aus diesen gewonnenen Erkenntnissen wurde die Verordnung 2790/99 geschaffen, die die zum 31. 5. 2000 ausgelaufenen Verordnungen⁵⁷⁴ ablöste. Die neue Verordnung regelt als so genannte „Schirm“-Verordnung alle vertikalen Regelungen zwischen Käufer, Verkäufer und Wiederverkäufer⁵⁷⁵. Nach Art. 2 der Verordnung 2790/99 sind Vereinbarungen über den Weiterverkauf von Waren zwischen Unternehmen, die auf unterschiedlichen Produktions- bzw. Vertriebsstufen angesiedelt sind, grundsätzlich vom EU-Kartellverbot freigestellt. Beurteilungsgrundlage hierfür ist nach der neuen Verordnung 2790/99 in erster Linie der Marktanteil des Marktteilnehmers.

Bei einem Marktanteil eines der beteiligten Unternehmens bis zu 10 % fällt die Vereinbarung völlig aus der Regelung der Verordnung 2790/99 heraus, es bedarf nicht einmal einer Gruppenfreistellung⁵⁷⁶. Erreicht der Marktanteil 10 % bis zu 30 %, so sind die Inhaltsschranken der Verordnung 2790/99 zu beachten, um in den Genuss der Freistellung des Art. 2 zu kommen. Bei Bezugsverträgen mit

⁵⁷¹ Zutreffend OLG Nürnberg RiW 1993, 327; in diesem Sinne wohl auch BGH NJW 2001, 2331 f.; Oetker, S. 541

⁵⁷² Vgl. Amtsblatt der EU L 336/21 vom 29. 12. 1999

⁵⁷³ Pukall, NJW 2000, 1376; so auch die Leitlinien der EU-Kommission vom 13. 10. 2000, ABl. EG Nr. C 291/1 ff., Rz. 143

⁵⁷⁴ Eine Trennung wie bei den zum 31. 5. 2000 ausgelaufenen Verordnungen zum Alleinvertrieb, EWG-VO 1983/83, Alleinbezug, EWG-VO 1984/83 bzw. zum Franchise, EWG-VO 4087/88, unterbleibt daher.

⁵⁷⁵ Der Kfz-Vertrieb unterlag noch bis zum 30. 9. 2002 der GVO 1475/95

⁵⁷⁶ Ernstthaler/Stopper, Kap. E 100 E, Anm. B I 1

Unternehmen, die mehr als 30 % Marktanteil aufweisen, ist bei der EU eine Einzelfreistellung vom Kartellverbot zu beantragen⁵⁷⁷. Bei der Berechnung von Marktanteilen eines Unternehmens sind die weiteren Anteile der mit diesem verbundenen Unternehmen nach Maßgabe des Art. 11 II mit zu berücksichtigen. Dreh- und Angelpunkt für die Beurteilung vertikaler Vertriebsverträge ist daher die Marktanteilsschwelle von 30 %. Wird diese Marke nicht erreicht, ist die Behandlung von Sukzessivlieferungsverträgen zwischen Unternehmen an die Missbrauchsaufsicht entsprechend des § 16 GWB angeglichen⁵⁷⁸.

Für die Verträge mit Vertragspartnern, die einen Marktanteil zwischen 10 und 30 % haben, müssen für die Freistellung inhaltliche Leitlinien beachtet werden⁵⁷⁹. Zu den maßgeblichen inhaltlichen Vorgaben für eine Freistellung von Vertikalvereinbarungen gehören hier insbesondere die Bestimmungen des Art. 4, der Preisbindungen, Beschränkungen bei Kunden- bzw. Gebietsschutz, bei selektiven Vertriebssystemen und bei Reparaturen und Wartungsarbeiten grundsätzlich nicht zulässt. Außerdem sieht Art. 5 a der Verordnung 2790/99 nur noch eine Laufzeit von fünf Jahren für Bezugsbindungen vor, es sei denn, das Absatzobjekt liegt im Eigentum des Lieferanten oder ist vom Lieferanten langfristig angepachtet.

Diese maximale fünfjährige Laufzeit wird insbesondere für Bierlieferungsverträge, Franchisenehmer und Tankstellenverträge für problematisch gehalten, da diese Verträge in der Regel längere Laufzeiten aufweisen⁵⁸⁰. Das darf jedoch nicht dazu führen, nun einzelne Sukzessivlieferungsverträge zivilrechtlich auf die Laufzeit des Art. 5 a der Verordnung 2790/99 zu begrenzen. Die Kriterien dieser Verordnung sollen nur zur Anwendung kommen, wenn die einzelnen Vertikalverträge mit den o. a. Marktanteilsschwellen verknüpft werden. Daher sind auch hier die generellen Voraussetzungen des Art. 81 EGV zu beachten. Daraus folgt, dass vor der Anwendung dieser Verordnung die Schwelle der zwischenstaatlichen Relevanz überschritten sein muss⁵⁸¹. Auch unter dem Regime der Verordnung 2790/99 dürften damit zumindest die Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen selten die Spürbarkeitsschwelle des zwischenstaatlichen Relevanz übersteigen und an dieser Verordnung gemessen werden.

Rechtsprechung zu dieser Verordnung 2790/99 ist bislang nicht ersichtlich. Allerdings ist die Verordnung unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht⁵⁸², so dass auch nationale Zivilgerichte diese Vorschriften ggf. zu prüfen und anzuwenden haben. Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der Verordnung 2790/99

⁵⁷⁷ OLG Düsseldorf DB 2002, 944 für einen Gasliefervertrag; vgl. Semler/Bauer DB 2000, 193 f., die die neue GVO in ihrer Anwendung für unsicher halten, weil hierfür komplexe und schwierige Berechnungen erforderlich

⁵⁷⁸ Ackermann EuZW 1999, 741

⁵⁷⁹ So genannte „schwarze Klauseln“, Knut-Werner Lange, Kap. 3, § 2, Rz. 7, 17

⁵⁸⁰ Pukall, NJW 2000, 1378

⁵⁸¹ So ausdrücklich die Leitlinien der EU-Kommission vom 13. 10. 2000, ABl. der EG C 291/1, Rz. 8, 143; Ackermann, EuZW 1999, 744 m. w. N. in Fn. 54; zur zwischenstaatlichen Spürbarkeit s. o., E III 2.2.e)

⁵⁸² Ackerman, EuZW 1999, 743 f.

einschließlich des Nichtüberschreitens der Marktanteilsschwelle vorliegen, trägt derjenige, der sich auf die Freistellung beruft⁵⁸³.

III. 2. 5. Zusammenfassung

Die Laufzeiten von Sukzessivlieferungsverträgen waren und sind häufig Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Hierbei ist nach nationalem Zivilrecht § 138 BGB als Maßstab heranzuziehen. Die Prüfung, ob die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Abnehmers in sittenwidriger Weise eingeschränkt wird, richtet sich insbesondere daran, ob die Gegenleistung für die langfristige Bezugsbindung hierzu in einem ausgewogenen, angemessenen Verhältnis steht. In diese Laufzeiten können auch die Zeiten mit zu berücksichtigen sein, die sich durch Anschlussverträge, Verlängerungsklauseln oder vereinbarte Mindestabnahmemengen ergeben. Laufzeiten, die wegen des Verstoßes gegen § 138 BGB sittenwidrig sind, können gemäß § 139 BGB auf die noch zulässige Höchstdauer reduziert werden. Eine abstrakte, maximale Laufzeitgrenze kann nicht festgestellt werden, diese ist einzelfallabhängig.

Demgegenüber hat die Beurteilung von Laufzeiten nach dem AGB-Recht für die hier behandelten Verträge weniger Bedeutung, auch wenn vereinzelt die §§ 138 BGB und 307 BGB (§ 9 AGBG a. F.) in der Beurteilung von Einzelfällen nicht differenziert werden. Denn zum einen sind die hier angesprochenen Abnehmer in der Regel keine Verbraucher, so dass § 309 Nr. 9 a BGB mit seiner zweijährigen Laufzeitbegrenzung schon deswegen nicht angewendet wird. Zum anderen werden die Laufzeiten in langfristigen Sukzessivlieferungsverträgen in der Regel individuell auf die damit zusammenhängende Gegenleistung und das jeweilige Absatzobjekt abgestimmt, so dass das AGB-Recht auch aus diesem Grund keine Anwendung findet. Sofern Laufzeiten im Einzelfall vom Lieferanten AGB-rechtlich vorgegeben werden, kommen im Rahmen des § 307 BGB als Beurteilungsmaßstab die Kriterien in Betracht, die bereits für die Bewertung von Laufzeiten nach § 138 BGB dargestellt sind. Zu lange Laufzeiten können ausnahmsweise entgegen der normalerweise eintretenden gesamten Unwirksamkeit der Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung auf die noch zulässige Laufzeit reduziert werden.

Über das Zivilrecht hinaus hat das deutsche Kartellrecht wenig Einfluss auf die Limitierung von Laufzeiten. Dagegen ist es über das europäische Kartellrecht zu großen Diskussionen über die Laufzeitregelungen einzelner Verträge gekommen. Insbesondere die Verordnung 1984/83 der Kommission mit den in Art. 8 festgelegten Maximallaufzeiten von 5 bzw. 10 Jahren für Getränkeliieferungsverträge führte zu zahlreichen Versuchen, diese als zivilrechtlichen Maßstab für einzelne Verträge in die nationale Rechtsprechung einzuführen. Hierzu wurde die Bündeltheorie als

⁵⁸³ Ackermann EuZW 1999, 744

Begründung dafür angeführt, dass auch der einzelne Sukzessivlieferungsvertrag im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Verträge den Tatbestand des Art. 85 EWG-Vertrags a. F. erfüllt. Wie dargelegt, erfüllt der einzelne Belieferungsvertrag in der Regel jedoch nicht den Tatbestand der spürbaren Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels. Der EuGH hat daher zu Recht hierfür weitere Marktkriterien aufgestellt, die erfüllt sein müssen, damit ein einzelner Vertrag eine derartige Spürbarkeit aufweist. Konsequenterweise hat die Nachfolgeverordnung GVO 2790/99 diese Marktkriterien, insbesondere die Marktanteile, noch weiter in den Vordergrund gerückt. Es ist zwar denkbar, dass langfristige Abnahmeverträge von grossen Gas- und Stromversorgern mit ihren erheblichen Marktanteilen an der GVO 2790/99 zu messen sein werden. Die hier besprochenen Lieferungsverträge dürften jedoch in der Regel nach dem EU-Kartellrecht freigestellt sein. Die fixen Laufzeitdaten aus dem EU-Recht können daher keine automatische Berücksichtigung finden, wenn die Laufzeit eines einzelnen Sukzessivlieferungsvertrages nach deutschem Zivilrecht beurteilt wird.

IV. Die persönliche Bindung an die Bezugsverpflichtung und Rechtsnachfolgeklauseln

Bei der Prüfung einer Bezugsverpflichtung auf ihre Angemessenheit ist es für die Rechtsprechung bedeutsam, ob der gebundene Abnehmer die Absatzstätte selbst betreibt und seinen Lebensunterhalt daraus bestreiten muss oder ob er die Absatzstätte gar nicht selbst betreiben will⁵⁸⁴. Unerheblich ist es dagegen für die Beurteilung der Gegenleistung, ob der Gebundene die Absatzstätte als Eigentümer oder nur als Pächter selbst betreibt⁵⁸⁵.

IV. 1. Zur „dinglichen Gebundenheit“ des verpflichteten Absatzobjekts

Der Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Bezugsbindung ist ein relatives Schuldverhältnis, das nur zwischen den Vertragsparteien verbindlich ist. Bei manchen Vertragsbeteiligten sowie zuweilen bei Instanzgerichten wird verschiedentlich die Meinung vertreten, die Bezugsbindung an einen Produzenten/Lieferanten werde gewissermaßen „objektbezogen“ und damit quasi „verdinglicht“ von dem Grundstück der Absatzstätte getragen⁵⁸⁶. Aus diesem Grunde gehe eine bestehende Bezugsverpflichtung z. B. bei einer Neu-Verpachtung des Objekts per se auf einen Neu-Pächter über. Der BGH hat hier jedoch zu Recht

⁵⁸⁴ Vgl. BGH DB 1975, 638

⁵⁸⁵ BGH ZIP 1984, 335; BGH NJW 1985, 2693 mit Anmerkung von Bunte, EWIR 1985, 137

⁵⁸⁶ Vgl. BGH NJW-RR 1988, 199

klargestellt, dass der Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Bezugsbindung eine rein schuldrechtliche Verpflichtung darstellt und grundsätzlich allein die Vertragspartner verpflichtet⁵⁸⁷. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Abnehmer verpflichtet haben sollte, seine Bezugsverpflichtung bei einem Verkauf oder einer Verpachtung des Objekts an einen Dritten auf diesen zu übertragen.

Lediglich wenn der Lieferant vom Grundstückseigentümer ein Mietintrittsrecht dergestalt erhält, dass ihm beim Ausscheiden des Erstpächters das Recht zur Untervermietung an einen neuen Betreiber zusteht, kann man davon sprechen, dass das Objekt zwar nicht sachenrechtlich, aber doch faktisch an den Lieferanten gebunden ist⁵⁸⁸. Das gleiche gilt, wenn sich der Lieferant das Bestimmungsrecht eines Betreiber-Nachfolgers hat einräumen lassen. Hierbei übernimmt der Lieferant gegenüber dem Grundstückseigentümer häufig eine Pachtausfallbürgschaft, eine Kautionsleistung oder eine vergleichbare Gegenleistung. Auf diese Weise kann der Lieferant sich ein Absatzobjekt unabhängig von einem Betreiberwechsel wirksam sichern, ohne es erwerben oder sich andere Grundstücksrechte einräumen lassen zu müssen.

IV. 2. Rechtsnachfolge seitens des Sukzessivkäufers

Wenn ein Abnehmer seine Absatzstätte aufgibt, bedeutet das nicht die Entlassung aus den ihn verpflichtenden schuldrechtlichen Verpflichtungen. Für den Lieferanten ist es daher sinnvoll, in den Vertrag Bestimmungen mit aufzunehmen, die den Fall regeln, dass der Abnehmer vorzeitig - also vor Ablauf der Bezugsbindung - aus dem Vertrag ausscheiden will, sei es aus gesundheitlichen, finanziellen oder sonstigen Gründen. Zwar bliebe dem Lieferanten noch sein Rückforderungsanspruch, z. B. für ein gegebenes Darlehen, sowie möglicherweise ein Schadensersatzanspruch gegen den Vertragspartner wegen der Nichterfüllung der Bezugsverpflichtung. Häufig sind derartig gescheiterte Abnehmer jedoch nicht mehr in der Lage, diese Verpflichtungen zu erfüllen. Das ökonomische Interesse des Lieferanten konzentriert sich dann daher in erster Linie darauf, die Absatzstätte für den Absatz seiner Produkte zu erhalten und weiter betreiben zu lassen.

Für den Fall einer solchen Fluktuation sind daher so genannte Rechtsnachfolgeklauseln unverzichtbar⁵⁸⁹. Anderenfalls besteht für den Lieferant die Gefahr, dass Bezugsvereinbarungen nicht eingehalten werden und/oder von ihm finanzierte Investitionen in die Absatzstätte vergeblich getätigt wurden. Ja, der Ausscheidende könnte durch den unkontrollierten Verkauf der Absatzstätte an dem

⁵⁸⁷ BGH NJW-RR 1988, 199; Martinek/Semler, § 41, Rz. 21

⁵⁸⁸ BGH v. 8. 4. 1987 Az. III ZR 138/86, unveröffentlicht

⁵⁸⁹ LG Berlin NJW-RR 1990, 820

Lieferanten vorbei mit einem Unternehmens-„good-will“ möglicherweise noch Erlöse erzielen, die erst durch die Gegenleistung des Lieferanten ermöglicht wurden.

IV. 2. 1. Wie wird der Lieferant an einer Geschäftsnachfolge beteiligt?

Rechtlich unproblematisch sind Vertragsbestimmungen, die dem Abnehmer lediglich eine Anzeigepflicht an den Lieferanten auferlegen, für den Fall, dass er sein Absatzgeschäft an einen Nachfolger überträgt. Lieferanten, die ihren Einfluss auf das Absatzgeschäft wahren wollen, werden allerdings mit dieser Vertragsgestaltung nicht einverstanden sein⁵⁹⁰. Dazu bedarf es eines Blicks auf die möglichen Formen der Geschäftsnachfolge. Diese kann ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Im Streitfall muss durch Auslegung ermittelt werden, welche der Gestaltungsformen die Parteien gewählt haben.

Zum einen kann sich eine dritte Person dem bestehenden Vertrag zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer durch einen kumulativen Schuldbeitritt anschließen. Die Parteien können aber auch stattdessen eine befreiende Schuldübernahme gemäß § 415 BGB vereinbaren. Schließlich kommt noch die Möglichkeit einer Vertragsübernahme in Betracht⁵⁹¹.

Die Vertragsübernahme, d.h. der Eintritt eines neuen Schuldners anstelle des bisherigen Schuldners, ist gesetzlich nicht geregelt. Diese Form der Rechtsnachfolge ist jedoch aus der Ableitung der Möglichkeit, einzelne Forderungen und einzelne Schulden zu übernehmen, im Wege der Rechtsfortbildung als Vertragsübernahme für ganze Schuldverhältnisse entwickelt worden⁵⁹². In einem solchen Fall kann der Sukzessivlieferungsvertrag zwischen den ursprünglichen Vertragspartnern aufgehoben und zwischen dem Lieferanten und dem Geschäftsnachfolger als neuer Vertrag, der jedoch inhaltsgleich mit dem bisherigen ist, geschlossen werden. Eine Alternative ist der vertragliche Parteiwechsel zwischen dem bisherigen und dem neuen Abnehmer. Der Lieferant muss dabei dem Parteiwechsel zustimmen. Eine weitere Möglichkeit ist der Abschluss eines dreiseitigen Vertrags zwischen allen Beteiligten⁵⁹³.

Welche der genannten Formen vorliegt, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Hierbei wird auch die Frage geprüft, ob der Geschäftsnachfolger sich lediglich verpflichtet hat, die Bezugsbindung zu übernehmen oder ob es ihm auch obliegt, die Verpflichtungen aus der gewährten Gegenleistung wie einem Darlehen

⁵⁹⁰ Martinek, Rz. 95

⁵⁹¹ BGH NJW-RR 2001, 987 mit Anm. Armbrüster EWiR 2001, 309; BGH WM 1993, 114; MüKo/Möschel, 4. Aufl., Vor § 414, Rz. 8

⁵⁹² BGH NJW 1985, 2528; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 398, 38; Medicus I, Rz. 755

⁵⁹³ BGH NJW 1998, 531; BGH NJW-RR 1996, 1394; MüKo-Möschel, 4. Aufl., Vor § 414, Rz. 8; Larenz I, S. 605

zu erfüllen⁵⁹⁴. Dem Lieferanten wird es im wesentlichen darauf ankommen, dass dem Geschäftsnachfolger die Verpflichtungen aus dem Sukzessivlieferungsvertrag derart übertragen werden, dass der Lieferant das Recht hat, die Vertragserfüllung direkt vom Geschäftsnachfolger verlangen zu können. In der Praxis wird daher in der Regel eine Rechtsnachfolgeklausel zumindest so ausgestaltet, dass der Abnehmer verpflichtet ist, eine Geschäftsnachfolge anzuzeigen und die vertraglichen Verpflichtungen in der Weise dem Nachfolger aufzuerlegen, dass der Lieferant berechtigt ist, von diesem direkte Vertragserfüllung verlangen zu können.

IV. 2. 2. Die Zulässigkeit von Rechtsnachfolgeklauseln

Rechtsnachfolgeklauseln unterliegen als allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Die Rechtsprechung hat eine solche Rechtsnachfolgeklausel als zulässig erachtet, nach der der Abnehmer verpflichtet ist, im Falle seines Ausscheidens aus dem Objekt die Verpflichtungen des zugrunde liegenden Sukzessivlieferungsvertrags einschließlich der Bezugsbindung auf seinen Nachfolger weiter zu übertragen. Voraussetzung ist, dass ihm die sonstige Vertragsgestaltung einen ausreichenden Bewegungsspielraum belässt⁵⁹⁵. Wesentlich für die Zulässigkeit solcher Nachfolgeklauseln ist außerdem, dass dem Abnehmer eine Kündigung des Vertragsverhältnisses aus wichtigem Grund nicht von vorne herein abgeschnitten wird⁵⁹⁶.

Der übernehmende Betreiber wird durch die Übernahme einer bestehenden Bezugsverpflichtung, deren Konditionen er nicht beeinflussen konnte, wirtschaftlich eingeschränkt. Er dürfte selbst kaum Chancen haben, neue Gegenleistungen von erheblichem Umfang, etwa in Form eines Kredits, zu erlangen oder frei über das Waren-Sortiment zu entscheiden⁵⁹⁷. Andererseits steht es ihm im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit frei, die Nachfolge eines solchen Objekts abzulehnen und sich nach einem ungebundenen Objekt umzuschauen. Ein Geschäftsnachfolger wird daher allein aus diesen Gründen nicht unangemessen benachteiligt.

Es stellt sich nun die Frage, ob der bisherige Abnehmer gegenüber seinem Lieferanten einen Anspruch darauf hat, dass dieser einer Vertragsübernahme und damit dem neuen Abnehmer zustimmt. Das hat der BGH zutreffenderweise verneint⁵⁹⁸. Denn zum einen ist der Lieferant auf der Grundlage der Vertragsfreiheit

⁵⁹⁴ BGH NJW-RR 2001, 987

⁵⁹⁵ BGH BB 1973, 637; BGH WM 1984, 88; BGH NJW 2001, 2331 f.; OLG Schleswig NJW-RR 1999, 1143 f.

⁵⁹⁶ BGH NJW 1985, 2693 mit Anm. Bunte EWiR 1985, 137; Martinek/Semler, § 41, Rz. 21

⁵⁹⁷ Vgl. kritisch hierzu BGH BB 1973, 496; BGH WM 1977, 112; BGH MDR 1980, 918; BGH ZIP 1982, 1354

⁵⁹⁸ BGH NJW-RR 2001, 987; Martinek/Semler, § 19, Rz. 57 a. E.; Paulusch/Bühler, Rz. 473; Liesegang BB 1991, 2384

nicht verpflichtet, einem Geschäftsnachfolger zustimmen zu müssen. Außerdem kann der Lieferant nicht gezwungen werden, einen Geschäftsnachfolger unbeschadet seinen Fähigkeiten oder seiner Bonität unbesehen akzeptieren zu müssen. Des weiteren würde ein Anspruch des Abnehmers auf die Zustimmung des Lieferanten zur Vertragsübernahme zu einer erheblichen, aber nicht gerechtfertigten Verbesserung seiner rechtlichen Situation führen. Denn würde der Lieferant einen potentiellen Nachfolger ablehnen, den der Abnehmer präsentiert, könnte der Abnehmer daraus einen Anspruch ableiten, von seiner Bezugsverpflichtung befreit zu werden. Dies wäre eine Position, die er nach dem allgemeinen Schuldrecht nicht erreichen könnte⁵⁹⁹.

Etwas anderes kann auch dann nicht gelten, wenn Sicherheiten zugunsten des Lieferanten bestehen. Denn zum einen stellt sich die Frage der Werthaltigkeit dieser Sicherheiten für Ansprüche, die dem Lieferanten aus dem Vertragsverhältnis zustehen können. Zum anderen erfordert die langfristige Bezugsbindung eine lang andauernde Zusammenarbeit und Kooperation zwischen Lieferanten und dem Geschäftsnachfolger, aus der sich ein Vertragspartner nicht ohne viel Mühe einseitig befreien können soll. Die Sicherheiten helfen dem Lieferanten bei einer Geschäftsnachfolge insoweit nicht.

Dem Lieferanten ist daher für seine Zustimmungsentscheidung über eine Geschäftsnachfolge grundsätzlich ein Ermessensspielraum einzuräumen, der lediglich durch die Regeln der unzulässigen Rechtsausübung begrenzt wird.

IV. 2. 3. Haftet der bisherige Abnehmer weiter für die Erfüllung des Sukzessivlieferungsvertrages?

In derartigen Rechtsnachfolgeklauseln werden häufig zusätzlich Bestimmungen aufgenommen, nach denen der ursprüngliche Vertragspartner weiter in der Haftung für die Verpflichtungen aus dem Vertrag bleibt, obwohl ein Nachfolger die Absatzstätte weiter betreibt, welcher die Vertragspflichten übernommen hat. Beide, Vorgänger und Nachfolger, sollen demnach weiter gesamtschuldnerisch für die Verpflichtungen aus dem Sukzessivlieferungsvertrag haften. Eine derartige unbegrenzte Weiterhaftung des ersten Betreibers schränkt diesen erheblich in seiner unternehmerischen und wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit ein⁶⁰⁰. Sie bedeutet auch eine ursprünglich im Vertrag nicht vorgesehene Besserstellung des Lieferanten, da der Geschäftsnachfolger damit sein zweiten (Gesamt-) Schuldner wird. Diese Situation lässt sich zuspitzen: Wechselt eine Absatzstätte im Verlauf einer langjährigen Bezugsbindung öfter den Betreiber, bekommt der Lieferant durch das Aneinanderreihen von Schuldner zu diesem Vertrag zusätzliche Personal-

⁵⁹⁹ BGH NJW 1994, 1069 mit Anm. Teske EWiR 1994, 313 zu einem vergleichbaren Fall

⁶⁰⁰ BGH LM BGB § 138 (Bb) Nr. 35; BGH WM 1984, 88

Sicherheiten in Form von weiteren Schuldern, wenn alle Vorgänger in der Haftung blieben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass derartige zusätzliche Schuldner als Sicherheit für den Lieferanten in der ursprünglichen Vereinbarung gar nicht vorgesehen waren. Da der ausscheidende Betreiber jedoch von der weiteren Fortführung der Absatzstätte ausgeschlossen ist, kann er den Erfolg oder Misserfolg der Absatzstätte (und damit ggf. seine eigene Inanspruchnahme durch den Lieferanten) spätestens nach einer weiteren Rechtsnachfolge gar nicht mehr beeinflussen. Eine solche Klausel, die die unbegrenzte Weiterhaftung des ursprünglichen Vertragspartners bestimmt, obwohl der Lieferant dem Eintritt des Nachfolgers in das Vertragsverhältnis zugestimmt hat, dürfte daher gegen § 307 I BGB verstoßen und unwirksam sein⁶⁰¹.

Eine Weiterhaftung des ersten Vertragspartners für die Verpflichtungen aus dem Sukzessivlieferungsvertrag neben dem Rechtsnachfolger kann lediglich für einen zeitlich befristeten Übergang in Betracht kommen. Dies ist gerechtfertigt, insbesondere wenn der Abnehmer den Nachfolger selbst vorschlagen kann, was in der Praxis auch häufig der Fall ist. Außerdem kann er noch durch die eigenen Übernahme-Vertragsverhandlungen die Fortführung des Objekts beeinflussen. Damit nimmt er seine Verantwortung für die ordnungsgemäße weitere Abwicklung des Vertrages durch den Rechtsnachfolger wahr. Der erste Vertragspartner erfährt dadurch keine unangemessene Verschlechterung seiner Position. Führt ein Nachfolger das entsprechende Vertragsverhältnis auf der Basis der Rechtsnachfolgeklausel fort, besteht die realistische Chance, dass der Nachfolger durch die Erfüllung des Vertrages auch die Verpflichtungen des ersten Vertragspartners erfüllt und ihn somit entlastet. In der Praxis wird gerade dies durch eine Übernahmevereinbarung zwischen dem Alt- und Neu-Betreiber geregelt.

Der erste Abnehmer sollte damit befristet nach der Übernahme der Absatzstätte durch den Nachfolger weiter haften können. Eine einheitliche Frist, wie lange diese Zeit der Mithaftung andauern soll, kann allerdings angesichts der Vielzahl von in Frage kommenden Einzelfällen nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden. Maßgebliche Kriterien für die Dauer einer derartigen Weiterhaftung und das Ausmaß der Weiterhaftung sollte sein, ob der Abnehmer die Aufgabe des Objekts verschuldet hat und dies auf Umständen beruht, die eindeutig seiner Risikosphäre zuzuordnen sind, oder ob er die Absatzstätte auf Grund außergewöhnlicher und nicht in seinen Risikobereich fallenden Umstände (z. B. Gesundheitsprobleme) aufgeben muss⁶⁰². Allerdings sind Umstände, die den wirtschaftlichen Erfolg der Absatzstätte angehen - etwa die Verfehlung von erwarteten Absätzen, Umsatzrückgang oder dass der Pachtzins nicht aufgebracht werden kann und deswegen das Pachtverhältnis

⁶⁰¹ BGH WM 1984, 663 für einen Automatenaufstellvertrag; anders noch für eine individuell vereinbarte Weiterhaftung: RG JW 1936, 2393

⁶⁰² BGH ZIP 1982, 1449; zumindest sind derartige Klauseln, die die Weiterhaftung des Abnehmers einschränken, für zulässig erachtet worden, BGH BB 1983, 662; BGH WuW/E BGH 2037; BGH ZIP 1984, 841 für die Zeit nach In-Kraft-Treten des AGBG; für die Rechtslage bis 1976 gibt es vergleichbare Einschätzungen, BGH LM § 133 Nr. 32; BGH WM 1977, 112; BGH MDR 1980, 50

außerordentlich gekündigt wird - allein der Risikosphäre des Abnehmers zuzuordnen. Insofern ist er für seinen Wirtschaftsbetrieb allein verantwortlich⁶⁰³.

IV. 2. 4. Fragen des Vertragsabschlusses der Geschäftsnachfolge

Die vertragliche Übernahme eines derartigen Sukzessivlieferungsvertrages mit einer Bezugsbindung unterliegt grundsätzlich denselben Voraussetzungen wie der ursprüngliche Kontrakt. Die Tatsache, dass bei dem Erstabschluss eines Vertrages dieser alle Formerfordernisse⁶⁰⁴ erfüllt hat, bedeutet nicht, dass die Formvorschriften bei der Übernahme dieser Vereinbarung nicht mehr beachtet zu werden brauchen. In der älteren Rechtsprechung war dies unter dem Regime des § 34 GWB a. F. nicht ganz eindeutig⁶⁰⁵. Später hat der BGH jedoch auch derartige Übernahmen von Bezugsverpflichtungen der Schriftform des § 34 GWB a. F. unterworfen⁶⁰⁶.

Ebenso muss das Formerfordernis des § 566 BGB a. F. (§§ 578 I, 550 BGB) bei der Übernahme eines Pachtvertrages mit einer Bezugsverpflichtung durch einen Nachfolgepächter beachtet werden⁶⁰⁷, wenn der Vertrag nicht auf unbestimmte Zeit laufen soll.

Darüber hinaus ist es aus dem Schutzzweck des Verbraucherschutzes heraus konsequent, wenn der Übernehmer, so er als Existenzgründer noch Verbraucher im Sinne des § 13 BGB ist, selbst über sein eigenes Widerrufsrecht belehrt werden muss⁶⁰⁸. Bei einer Vertragsübernahme macht es dabei keinen Unterschied, welche Gestaltungsalternative - sei es ein dreiseitiger Vertrag, sei es ein zweiseitiger Vertrag mit Einwilligung des Lieferanten - gewählt wird⁶⁰⁹. Ein eventueller Widerruf ist dann an den Lieferanten und nicht an den ausscheidenden Betreiber zu richten, weil die entscheidende Lieferbeziehung und ggf. das Kreditverhältnis mit dem Lieferanten

⁶⁰³ BGH MDR 1980, 50

⁶⁰⁴ Vgl. oben, Kap. D. III

⁶⁰⁵ Vgl. BGH vom 6.11.1972, in: GRUR 1978, 319, wonach die Schriftform für die Übernahme einer Bezugsverpflichtung nicht für erforderlich erachtet wurde; BGH vom 2. 7. 1987 (III ZR 186/86); vgl. auch OLG Stuttgart WuW/E OLG 4677

⁶⁰⁶ BGH WuW/E BGH 2221, 2224; BGHZ 83, 234; OLG Celle OLGR Celle 1999, 17 f.; LG Köln NJW-RR 1994, 242; auch Immenga/Mestmäcker GWB, 2. Aufl., § 34 Rz. 23 m. w. N. ; Martinek/Semler, § 27, Rz. 14; Axter GRUR 1978, 321 f.

⁶⁰⁷ BGH WM 1975, 824; BGH NJW 1979, 369; BGH NJW 1998, 62

⁶⁰⁸ BGH WM 1991, 1675 mit Anmerkung Thamm/Detzer, EWiR 1991, 833; BGH NJW-RR 1992, 593; BGH NJW-RR 1993, 243 mit Anmerkung Borgmann, EWiR 1993, 31; OLG Düsseldorf, 1984, 1220; OLG Stuttgart WRP 1986, 119; OLG München NJW-RR 1986, 150; OLG Frankfurt NJW-RR, 1989, 1082; denn bei einer Vertragsübernahme unterwirft sich der Übernehmende ebenfalls einem wiederkehrenden Bezug von Waren im Sinne des § 1c Nr. 3 AbzG = § 2 Nr. 3 VerbrKrG = § 505 I Nr. 3, BGB, BGH NJW-RR 1993, 562; Erman/Westermann, 10. Aufl., Vor § 414 Rz. 7

⁶⁰⁹ BGHZ 95, 88 mit Anm. Heinrichs, EWiR 1985, 649; BGH NJW 1986, 918 mit Anm. Graf v. Westphalen, EWiR 1986, 237

bestehen. Auf diese Vertragsbeziehung richtet sich der Schutzzweck des Verbraucherschutzrechts⁶¹⁰.

Wenn der Übernehmer noch ein Verbraucher ist, muss des weiteren der Vertrag mit dem Übernehmer die Formvorschriften der §§ 492, 502, 505 II BGB erfüllen⁶¹¹. Für die Erfüllung dieses Formerfordernisses ist es erforderlich, aber auch ausreichend, wenn der Folgevertrag den Erstvertrag als Anlage mit den nach dem Verbraucherschutzrecht erforderlichen Angaben aufführt bzw. darauf ausdrücklich Bezug nimmt⁶¹².

IV. 3. Rechtsnachfolgeklauseln seitens des Lieferanten

Bei Sukzessivlieferungsverträgen mit einer langjährigen Bezugsbindung erweist es sich häufig als notwendig, auch auf Seiten des Lieferanten Regelungen in den Vertrag mit aufzunehmen, die den Fall einer Rechtsnachfolge auf seiner Seite behandeln. So werden Produzenten/Lieferanten z. B. im Zuge von Konzentrationsprozessen in der Wirtschaft von Konkurrenten übernommen, die selbstverständlich die bestehenden Bezugsrechte aus Sukzessivlieferungsverträgen weiterführen möchten. Ebenso stellt sich die Frage nach dem Schicksal derartiger Bezugsbindungen bei Vorgängen des Umwandlungsgesetzes, wie z. B. bei einer Verschmelzung, oder einer Ausgliederung von Unternehmen (-steilen). Bei diesen Transaktionen gehen sämtliche Aktiva und Passiva des Lieferanten auf einen übernehmenden Rechtsträger über, wobei diese Rechtsnachfolge gesetzlich begründet ist, §§ 20, 131 UmwG.

Häufig will sich der Lieferant jedoch die Möglichkeit verschaffen, Bezugsbindungen auch außerhalb von Vorgängen nach dem UmwG an einen Erwerber abzutreten. Dazu wird oft eine Klausel benutzt, wonach der Lieferant die Befugnis hat, den Vertrag mit sämtlichen Rechten und Pflichten auf einen anderen Lieferanten zu übertragen. Rechtliche Gründe hierfür müssen für eine solche Entscheidung nicht vorliegen. Auch eine betriebswirtschaftliche Motivation kann eine derartige Entscheidung rechtfertigen, etwa weil der Produzent/Lieferant seine eigene Logistik einschränken will oder den Vertrieb auf eine eigene Tochtergesellschaft auslagern möchte. Diese Befugnis wird häufig auch dahingehend ausgenutzt, dass der Lieferant z. B. aus internen Vertriebsgründen einem Unterlieferanten die Belieferung und die sonstige Vertragsabwicklung übertragen möchte.

Die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Lieferanten soll dabei erhalten bleiben. So muss es ihm möglich sein, seinen Kundenstamm, der durch gebundene

⁶¹⁰ BGH ZIP 1991, 1011; BGH WM 1993, 420

⁶¹¹ Bülow, VerbrKrG, § 4, Rz. 29; Bruchner/Ott/Wagner, § 7, Rz. 14

⁶¹² BGH NJW-RR 1980, 1251

Absatzstätten einen besonderen Wert erhält, etwa im Rahmen eines Unternehmensverkaufs, zu veräußern. Sofern der Vertragsinhalt mit seinem Abnehmer, insbesondere hinsichtlich der abzunehmenden Waren, unberührt bleibt, hat die Rechtsprechung eine derartige Klausel grundsätzlich nicht beanstandet⁶¹³. Der Abnehmer hätte dann allerdings keinen Einfluss mehr darauf, wer zukünftig sein Lieferant und neuer Vertragspartner sein wird.

Für Übertragungsklauseln, die über das vorgenannte schützenswerte Interesse des Lieferanten hinausgehen, hat der BGH daher allerdings Bedenken angemeldet, die er zunächst aber offen gelassen hat⁶¹⁴. Seit der Einführung des § 11 Nr. 13 AGBG⁶¹⁵ ist eine weitergehende Übertragungsklausel auch im kaufmännischen Verkehr jedoch dann fraglich, wenn die Person des Vertragspartners und Lieferanten für den Abnehmer von einer gewissen Wichtigkeit ist. Der Lieferant von Waren, der eine Absatzstätte mit dem Hauptsortiment versorgt, ist für den Abnehmer als Ansprechpartner nicht bedeutungslos, etwa wegen seiner Art der zuverlässigen Vertragsabwicklung (ggf. durch eine Kulanz im Einzelfall) und seine potentiellen Möglichkeiten, den Betrieb der Absatzstätte durch Dienstleistungen zu unterstützen. Je enger und intensiver die Vertragsparteien kooperieren, um den langfristigen Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen, desto schutzwürdiger ist das Vertrauen eines Vertragspartners in die Loyalität und Zuverlässigkeit des anderen⁶¹⁶. Eine pauschale Übertragungsklausel zugunsten des Lieferanten, die den Abnehmer vor vollendete Tatsachen stellen kann, ist daher zu beanstanden⁶¹⁷. Dagegen ist es akzeptabel, wenn das Übertragungsrecht auf Fälle begrenzt wird, in denen ein berechtigtes Interesse des Lieferanten an einer Übertragung der Lieferrechte vorliegt, so insbesondere bei einer (Teil-) Veräußerung seines Betriebes⁶¹⁸.

Eine weitere Einschränkung des Rechts, die Bezugsbindung auf einen neuen Lieferanten zu übertragen, ergibt sich aus dem verpflichteten Sortiment, insbesondere mit einer Markenbindung. In diesem Absatzbereich sind die Marken des Sortiments von wesentlicher Bedeutung. Es kann dem Abnehmer daher nicht zugemutet werden, mit einem Rechtsnachfolger ein anderes Sortiment oder andere Marken akzeptieren zu müssen⁶¹⁹. Bei Abschluss des Sukzessivlieferungsvertrages hat sich der Abnehmer für die Kontinuität gerade dieses Sortiments und dieser Marken entschieden und sich entsprechend verpflichtet. Die gewählte Ausrichtung ist auch für den Publikumsgeschmack und die Bindung der Kunden des Abnehmers wesentlich⁶²⁰. Wollte man hier eine uneingeschränkte Übertragung auf einen Rechtsnachfolger zulassen, ohne die Interessen des Abnehmers in die

⁶¹³ BGH MDR 1976, 834; OLG München MDR 1973, 761; anders, wenn die verpflichtete Marke infolge einer Fusion ausgetauscht wird, OLGR Zweibrücken 1998, 161 f.

⁶¹⁴ BGH NJW 1985, 2693

⁶¹⁵ Entspricht § 309 Nr. 10 BGB

⁶¹⁶ Bayreuther, S. 177

⁶¹⁷ BGH WM 1984, 663; BGH ZIP 1984, 1093; BGH DB 1990, 1323; BGH NJW 1998, 2286 ff.

⁶¹⁸ Vgl. BGH WM 1984, 663

⁶¹⁹ BGH MDR 1976, 834

⁶²⁰ BGH NJW 1998, 2296; OLG Karlsruhe vom 6. 2. 1997, 12 U 266/96

Nachhaltigkeit des verpflichteten Sortiments und der verpflichteten Marken zu wahren, würde man das berechnigte Vertrauen des Abnehmers in den Bestand des Sortiments zu Unrecht enttäuschen. Würde daher anlässlich einer Rechtsnachfolge ein Sortiments- oder Markenwechsel vollzogen, bräuhete der Abnehmer dies nicht zu akzeptieren.

IV. 4. Zusammenfassung

Langfristige Sukzessivlieferungsverträge binden nur die sie abschließenden Personen. Sie haben keine verdinglichten Ausstrahlungswirkungen auf das verpflichtete Absatzobjekt. Auf Grund der langen Laufzeit solcher Verträge kann es dazu kommen, dass Dritte in diesen Vertrag mit einbezogen werden oder der Abnehmer ausgetauscht werden soll. Dies kann durch einen Schuldbeitritt bzw. durch eine Schuld- oder Vertragsübernahme geschehen.

Wenn der Abnehmer aus dem Vertrag ausscheiden will, hat er angesichts der schuldrechtlichen Wirkung des Sukzessivlieferungsvertrages keinen Anspruch darauf, aus seinen Vertragspflichten entlassen zu werden, selbst wenn er einen Geschäftsnachfolger präsentieren kann. Für diese Fälle empfehlen sich Rechtsnachfolgeklauseln. Diese unterliegen der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB, wenn sie von dem Lieferanten für den Vertrag verwendet werden. Es ist dabei unbedenklich, dass diese Klauseln die Beteiligung des Lieferanten an einer Geschäftsnachfolge erfordern. Ebenso kann in einer solchen Klausel prinzipiell die weitere Mithaftung des ersten Abnehmers trotz einer Geschäftsnachfolge festgeschrieben werden.

Fraglich ist allerdings, wie lange die Mithaftung aufrechterhalten werden kann, ohne den Erst-Abnehmer übermäßig und damit unzulässig zu belasten. Hierbei ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass er sich ursprünglich für die gesamte Laufzeit verpflichtet hat. Wenn er mit der (ursprünglich nicht vorgesehenen) Geschäftsnachfolge eine Entlassung aus seinen Vertragspflichten anstrebt, beansprucht er damit eine eigentlich nicht geplante Entlastung seiner Person. Außerdem kann er die weitere Geschäftsentwicklung maßgeblich über die Auswahl, Einarbeitung und Qualifizierung sowie durch eine geordnete Übergabe des Geschäfts auf den Nachfolger beeinflussen. Daher wird man eine Rechtsnachfolgeklausel, die seine Mithaftung für die Zeit fest schreibt - aber auch limitiert - in der sein unmittelbarer Nachfolger das verpflichtete Absatzobjekt betreibt, zumindest im unternehmerischen Bereich als noch angemessen ansehen können. Eine Ausdehnung seiner Haftung für die Fälle weiterer Rechtsnachfolger im Anschluss an die erste Geschäftsübernahme, auf die er keinen Einfluss mehr hat, ist jedoch abzulehnen.

Wird eine Geschäftsnachfolge vereinbart, sind die Formvorschriften, die sich ggf. aus dem Pacht- bzw. Verbraucherrecht ergeben, einzuhalten, auch wenn sie beim Erstabschluss schon beachtet wurden.

Auch seitens des Lieferanten ist eine Klausel zur Geschäftsnachfolge empfehlenswert, deren Inhaltskontrolle nach § 307 BGB erfolgt. § 309 Nr. 10 BGB ist im unternehmerischen Verkehr nicht anwendbar. Allerdings ist eine freie, schrankenlose Übertragungsbefugnis für den Lieferanten als allgemeine Geschäftsbedingung auch hier nicht möglich, da über den Einzelkaufvertrag hinaus zwischen dem Lieferanten und dem Abnehmer eine mehr oder weniger starke Kooperation besteht, die ein entsprechendes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien begründet, und auf das auch im Rahmen einer Rechtsnachfolge seitens des Lieferanten Rücksicht zu nehmen ist. Die Übertragungsmöglichkeit für den Lieferanten sollte daher nur bei einem berechtigten Interesse seinerseits möglich sein, wobei die Belange des Abnehmers beachtet werden müssen, insbesondere, wenn mit der Übertragung der Bezugsbindung das (Marken-) Sortiment betroffen ist.

V. Preisliche Bindung an den Lieferanten

In länger- bzw. langfristigen Sukzessivlieferungsverträgen mit einer Bezugsverpflichtung sind die Preisfestsetzungs- bzw. Preisänderungsklauseln besonders wichtig. Damit kann der Lieferant im Zusammenhang mit der Mengenplanung den Umsatz für die nächsten Jahre für die Laufzeit des Vertrages realistisch planen. Der Lieferant benutzt daher in der Regel in einem Sukzessivlieferungsvertrag Klauseln, die den Abnehmer verpflichten, die Waren z. B. „zu Tagespreisen“, „zu den jeweils gültigen Preisen“, „zu den vom Lieferanten festgesetzten Preisen“, oder auch „nach der jeweils gültigen Preisliste“ zu beziehen.

V. 1. Anwendung des AGB-Rechts

Derartige Bestimmungen werden in der Praxis nicht individuell ausgehandelt, sondern in der Regel als vorformulierte Klauseln in den Vertrag eingeführt. Diese als einseitige Leistungsbestimmungsrechte des Lieferanten im Sinne der §§ 315 f. BGB einzustufenden Klauseln⁶²¹ sind zunächst bis zur Einführung des AGBG von der Rechtsprechung weitgehend unbeachtet geblieben. Sie sind jedoch als vorformulierte Klauseln hinsichtlich der Inhaltskontrolle nicht unproblematisch.

⁶²¹ Vgl. zum Ganzen Paulusch, Vorformulierte Leistungsbestimmungsrechte des Verwenders, RWS-Forum „10 Jahre AGBG“, 1987, 55 ff.

Zwar unterliegen die Abreden über den Gegenstand der Hauptleistung bzw. über das dafür zu erbringende Entgelt als Gegenleistung grundsätzlich nicht den §§ 307 ff. BGB⁶²². Diese Bestandteile einer Vereinbarung stellen den eigentlichen Vertragsgegenstand dar, der als Ausfluss der Vertragsfreiheit meist individuell vereinbart wird. Solche Elementarbestandteile eines Vertrages scheiden daher grundsätzlich aus dem Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts aus⁶²³.

Ausnahmsweise gilt jedoch auch hier die Inhaltskontrolle, sofern solche Klauseln Bestandteile der Hauptleistungspflichten in vorformulierter Form im Vertrag regeln⁶²⁴. Daher werden derartige Leistungsbestimmungsrechte auch dann in die Inhaltskontrolle mit einbezogen, wenn sie sich auf das Entgelt für die Ware beziehen⁶²⁵. Dies gilt unabhängig davon, ob die Preisanpassung als Preisvorbehalt (also als Verzicht auf eine konkrete Preisbestimmung bei Vertragsabschluss) oder als Verweis auf eine bestehende Preisliste, die im Verlauf der Bezugsbindung einseitig angepasst wird, erfolgen soll.

Die Inhaltskontrolle von Preisklauseln sind z. B. aus Abonnementverträgen für Zeitschriften⁶²⁶ oder auch bei Tagespreisklauseln für Neuwagen⁶²⁷ immer wieder Gegenstand der Rechtsprechung gewesen. Klauseln, die den Verwender ermächtigen, beliebige Preiserhöhungen durchzusetzen, ohne dem Kunden die Möglichkeit zu geben, sich von diesem Vertrag zu lösen, sind danach im Verbraucherbereich gemäß § 309 Nr. 1, 1. Halbsatz BGB (§ 11 Nr. 1 AGBG) unwirksam. Dies gilt selbst dann, wenn betriebswirtschaftliche Kostensteigerungen in der Zwischenzeit derartige Preissteigerungen sachlich begründet hätten⁶²⁸.

Bei Dauerschuldverhältnissen ist jedoch grundsätzlich eine vorformulierte Preisanpassung bereits nach § 11 Nr. 1., letzter Halbsatz AGBG selbst gegenüber Verbrauchern möglich gewesen. Dies gilt unter dem § 309 Nr. 1, letzter Halbsatz BGB weiter. Hierzu zählen auch Sukzessivlieferungs- bzw. Bezugsverträge⁶²⁹. Diese Möglichkeit ist daher im gewerblichen Bereich ebenfalls zulässig. Denn hier ist es nicht möglich, bei einer vorgesehenen fünf- oder zehnjährigen Vertragsdauer die Preise bereits im Vorgriff auf diese Laufzeit bei Vertragsabschluss festzulegen. Es ist

⁶²² Ehemals §§ 9 – 11 AGBG a. F.

⁶²³ BGHZ 93, 358, mit Anm. Schlosser, EWiR 1985, 225; BGH NJW 1993, 1128; BGH NJW-RR 1993, 430; BGH NJW 1993, 2369, mit Anm. Lindacher, EWiR 1993, 833; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309, Rz. 59

⁶²⁴ BGHZ 118, 126, mit Anm. Koller, EWiR 1992, 527

⁶²⁵ BGH NJW 1981, 2351; BGH WM 1983, 731; BGHZ 93, 252 mit Anm. von Bunte, EWiR 1985, 129; BGHZ 97, 212, mit Anm. von Köndgen, EWiR 1986, 653; BGH NJW 1994, 1060

⁶²⁶ Vgl. BGH ZIP 1980, 765

⁶²⁷ Vgl. BGHZ 82, 21

⁶²⁸ BGH MDR 1985, 398; BGHZ 94, 335, mit Anm. Bunte, EWiR 1985, 525; BGH NJW-RR 1986, 211, mit Anm. Bunte, EWiR 1986, 107; BGH WM 1986, 1059, mit Anm. Graf v. Westphalen, EWiR 1986, 745

⁶²⁹ BGH NJW-RR 1986, 212; BGHZ 93, 258; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309, Rz. 6; Liesegang BB 1991, 2384

daher nicht sinnvoll, diese Verträge mit der Restriktion des § 309 Nr. 1., 1. Halbsatz BGB zu versehen⁶³⁰.

Doch ist der Verwender von derartigen Klauseln in seiner Formulierung nicht völlig frei. Bei Sukzessivlieferungsverträgen mit einer langfristigen Bezugsverpflichtung zwischen Kaufleuten ließ der BGH zwar vorformulierte Preisänderungsklauseln zu. Dabei berief sich der BGH generell auf die Gebräuche im kaufmännischen Verkehr⁶³¹, statt einzelne Kriterien für die Preiserhöhung oder die Möglichkeit des Kunden, sich für den Fall erheblicher Preiserhöhungen vom Vertrag zu lösen, zu fordern. In einem weiteren Fall waren bei einem langfristigen Bezugsvertrag in der Mineralölbranche für den BGH die erheblichen Vorleistungen des Lieferanten sowie die hier geltenden kaufmännischen Gepflogenheiten für die Akzeptanz der Preisanpassungsklausel ausschlaggebend⁶³².

Dass dennoch bei Verträgen zwischen Kaufleuten keine Verallgemeinerungen möglich sind, sondern auch der jeweilige Einzelfall im Rahmen des § 307 BGB betrachtet werden muss, zeigt die weitere Entwicklung. Für den kaufmännischen Verkehr, so der BGH⁶³³, komme es darauf an, ob die formularmäßige Preisanpassungsklausel z. B. die Kriterien für die Preisänderungen benennt, und die gegenseitigen Interessen der Vertragspartner angemessen berücksichtigt. Daher wird auch weiterhin die Zulässigkeit einseitiger Preisanpassungsklauseln im kaufmännischen Bereich vom konkreten Einzelfall, insbesondere von den typischen Interessen der Vertragsparteien und den sonstigen Vertragsregelungen abhängen⁶³⁴.

Bei Preisnebenabreden werden häufig Klauselgestaltungen anzutreffen sein, die die den Kunden benachteiligende Wirkung verschleiern. Je weiter sich eine Formulierung von den Erwartungen des Vertragspartners entfernt, desto eher ist eine Klauselformulierung erforderlich, die die kundenbelastende Wirkung nicht verdeckt, sondern transparent macht⁶³⁵.

V. 2. Preisabsprachen und das Kartellrecht

Neben der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Recht könnten die vertraglichen Regelungen zu den Abgabepreisen, insbesondere für das Kartellrecht eine Rolle spielen. Denn die Preise gehören zu den Kriterien, die für eine Intervention der Kartellbehörden maßgeblich sein können⁶³⁶. Daher unterlag die Bestimmbarkeit der

⁶³⁰ Oetker, S. 188

⁶³¹ BGHZ 92, 200 mit Anm. Hensen EWiR 1985, 43, zu einem Werkvertrag

⁶³² BGHZ 97, 212, mit Anmerkung von Köndgen, EWiR 1986, 653

⁶³³ BGH NJW 1994, 1060

⁶³⁴ Vgl. BGHZ 93, 252; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 309, Rz. 9

⁶³⁵ BGH ZIP 1990, 980 mit Anm. von Hensen, EWiR 1991, 841

⁶³⁶ BGH NJW 1978, 822; BGH NJW 1979, 2247; Martinek/Semler, § 27, Rz. 36

jeweils gültigen Preise zu jedem Zeitpunkt während der Vertragslaufzeit dem Schriftformerfordernis des § 34 III GWB a. F.⁶³⁷. Nach der GWB-Reform von 1999 spielten in der Rechtsprechung, soweit ersichtlich, Preisklauseln keine Rolle, denn § 14 GWB (bis 1999: § 15 GWB) verbietet vertikale vertragliche Preisbindungen generell⁶³⁸. Diese unzulässige, offene Festlegung von Preisen für den Endabnehmer entsprechend § 14 GWB wird daher nicht mehr praktiziert⁶³⁹. Aktuell beschäftigt sich die Missbrauchsaufsicht nach § 16 GWB in erster Linie mit Marktzutrittsangelegenheiten im Energie- und Telekommunikationssektor.

Preisgleitklauseln, die nur das Verhältnis zwischen dem Lieferanten und seinem Abnehmer betreffen, sind allerdings mit § 14 GWB vereinbar. Angesichts der langen Vertragsdauer und der Unmöglichkeit, die Preise für den gesamten Zeitraum von vorne herein festzulegen, hat der BGH es bis 1999 auch für das Kartellrecht akzeptiert, wenn im Vertrag auf eine schriftliche, jedermann zugängliche und jeweils gültige Preisliste Bezug genommen wurde⁶⁴⁰. Wenn den Parteien dabei klar war und dies im Vertrag zum Ausdruck gekommen ist, welche Listen jeweils maßgebend sein sollten, genügte eine derartige Klausel auch unter kartellrechtlichen Aspekten. Der bloße schriftliche Hinweis auf den Umstand, dass Preislisten branchenüblich sein sollten, reichte für das Schriftformerfordernis jedoch nicht aus⁶⁴¹.

Hatten die Parteien eines Sukzessivlieferungsvertrages keine Vereinbarungen über die Preise getroffen, dann lag auch keine – damals schriftformbedürftige - Erklärung zu diesem Punkt vor. Der zugrunde liegende, im übrigen schriftlich abgefasste Vertrag entsprach trotz fehlender Preisabsprache dem Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F.⁶⁴², da solche Umstände, die die Parteien nicht zum Gegenstand ihrer Erklärung gemacht hatten, selbst dann nicht der Schriftform des § 34 GWB a. F. unterlagen, wenn sie wesentlichen Einfluss auf die gegenseitigen Leistungen der Vertragsparteien ausübten⁶⁴³. Hatten sich die Parteien im Vertrag jedoch in irgendeiner Art und Weise auf eine Preisfortbildung geeinigt, und wäre es ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Lieferanten gemäß §§ 315 f. BGB gewesen, galt auch für diese Vereinbarung die Schriftform des § 34 GWB a. F.⁶⁴⁴.

Obwohl das Schriftformerfordernis des § 34 GWB a. F. in erster Linie der Dokumentation für die Vorbereitung kartellrechtlicher Prüfungen und Entscheidungen dienen sollte, ist nicht zu bestreiten, dass dieses Formerfordernis gleichzeitig

⁶³⁷ BGH NJW 1978, 822

⁶³⁸ Im EU-Recht werden derartige verpflichtende Preisbindungsklauseln z. B. in Art. 5 e der GVO 4087/88 (GVO Franchisevereinbarung) oder Art. 3 a GVO 2790/1999 (Vertikalvereinbarungen) grundsätzlich zu nicht freistellungsfähigen Klauseln erklärt.

⁶³⁹ Martinek/Semler, § 2, Rz. 68

⁶⁴⁰ BGH NJW 1977, 822; BGH NJW 1979, 865;

⁶⁴¹ BGH NJW 1979, 2247; sehr weitgehend OLG München, WRP 1979, 395, wonach der Verweis auf die „ortsüblichen Preise“ die Schriftform des § 34 GWB a. F. wahren sollte.

⁶⁴² BGHZ 119, 282 mit Anm. Berg-Grünenwald, EWIR 1992, 1101; BGH DB 1990, 1323; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 2396

⁶⁴³ BGHZ 84, 125

⁶⁴⁴ BGH NJW 1979, 2247; BGH LM GWB § 34 Nr. 14; BGH ZIP 1984, 335

individuelle Rechte des Abnehmers schützte: Denn bei einem Verstoß gegen die kartellrechtliche Formvorschrift konnte sich ein Abnehmer mit Hilfe des § 125 BGB unter Umständen aus der Laufzeit eines langfristigen Sukzessivlieferungsvertrages mit einer Bezugsverpflichtung befreien. Umgekehrt waren die Lieferanten gezwungen, durch sorgfältige Redigierung ihrer Vertragsmuster dem Schriftformerfordernis Genüge zu tun und so das Risiko einer Unwirksamkeit ihrer Verträge zu vermeiden. Diese Überlegungen sind durch die Abschaffung des § 34 GWB a. F. zumindest für die Formerfordernisse aus kartellrechtlicher Sicht obsolet geworden, obgleich sie für Formerfordernisse aus anderen Rechtsgründen weiter wirksam bleiben⁶⁴⁵. Allerdings führte der Wegfall des Schriftformerfordernisses des § 34 GWB a. F. nicht dazu, dass ursprünglich unwirksam abgeschlossene Verträge nach 1999 nachträglich wirksam wurden⁶⁴⁶.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Preisanpassungsklauseln für das Kartellrecht z. Zt. keine Rolle mehr spielen⁶⁴⁷. Werden diese Klauseln jedoch formularmäßig vereinbart, unterliegen sie der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, nicht jedoch der des § 309 Nr. 1 BGB. Sofern derartige Klauseln transparente Kriterien für eine Preisanpassung benennen, ohne dass die Belange des Abnehmers übermäßig beeinträchtigt werden, sind formularmäßig auch einseitige Preisanpassungen möglich.

⁶⁴⁵ S. Kapitel D. III

⁶⁴⁶ BGH EWiR 1999, 1063

⁶⁴⁷ Zu Überlegungen, die kartellrechtliche Schriftform wieder einzuführen vgl. Bechthold, Einf., Rz. 22

F. Aspekte zur Absicherung des Lieferanten

Wie bereits dargestellt, kommt es dem Lieferanten bei den hier behandelten Verträgen auf eine langfristige Absatzmöglichkeit, auf die Realisierung seiner Absatzchancen an. Wo Chancen sind, bestehen auch Risiken für den Lieferanten: Zum einen muss der Lieferant das Risiko seiner Warenlieferungen und der daraus entstehenden Warenforderungen⁶⁴⁸ bedenken, zum anderen geht er mit der von ihm erbrachten Gegenleistung, die er für eine Bezugsverpflichtung gewährt, in Vorleistung. Hier sind insbesondere die Darlehen von Bedeutung. Darüber hinaus ist das Bezugsrecht des Lieferanten selbst ein Gut, das es zu sichern gilt. Dies sind die Quellen, aus denen das Sicherungsbedürfnis des Lieferanten der hier behandelten Sukzessivlieferungsverträge entspringt. Daher gehört die Vereinbarung entsprechender Sicherheiten zu den wesentlichen Vertragsinhalten in dem abzuschließenden Sukzessivlieferungsvertrag.

Die Ansprüche des Lieferanten können sich dabei als Geld- und/oder Erfüllungsforderung darstellen. Entsprechend müssen bei der Besicherung die Eigenarten der zu sichernden Forderungen berücksichtigt werden. Auf diese Besonderheiten hat der Lieferant bei der Auswahl und Gestaltung von Sicherheiten einzugehen.

Die nachfolgende Darstellung erhebt nicht den Anspruch, die einzelnen Sicherungsmöglichkeiten vollständig zu behandeln. An dieser Stelle wird daher auf eine Gesamtdarstellung der einzelnen Sicherheiten wie Bürgschaft, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretungen, oder Grundschulden usw. verzichtet und auf die gängigen Standardwerke verwiesen. Nachfolgend werden die spezifischen Berührungspunkte zwischen diesen Sicherheiten und dem Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Bezugsbindung aufgezeigt. Wesentlich für die hier behandelten Verträge ist die Betrachtung der für alle Sicherheiten maßgeblichen schuldrechtlichen Sicherungsabrede. Von den einzelnen Sicherungsarten sind insbesondere die Personalsicherheiten von Bedeutung, sowie von den Realsicherheiten die Sicherungsübereignung von Inventar, die Grundschuld und die Grunddienstbarkeit. Abschließend wird in diesem Zusammenhang die Vertragsstrafe behandelt, weil diese, wie andere Sicherheiten auch, ein Druckmittel des Lieferanten sein kann, um bei dem Vertragspartner und Abnehmer dessen Vertragstreue anzumahnen.

⁶⁴⁸ Nur eine Besonderheit war das Recht des bayerischen Brauers auf Einräumung einer Sicherungshypothek für offene Bierpreisrechnungen, Art. 6 bayr. AGBGB

I. Die Sicherungsabrede

Wesentlich für alle Sicherheiten, die dem Lieferanten eingeräumt werden, ist der so genannte Sicherungsvertrag bzw. die Sicherungsabrede oder die Zweckerklärung⁶⁴⁹. Damit ist neben dem Sukzessivlieferungsverhältnis sowie dem Rechtsverhältnis der Gegenleistung eine weitere schuldrechtliche Grundlage gemeint, auf Grund dessen dem Lieferanten die vereinbarte Sicherheit eingeräumt wird. Fehlt diese, so gelten für die Sicherheit die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 812 ff. BGB⁶⁵⁰. In der Regel verpflichtet die Sicherungsabrede den Sicherungsgeber und Abnehmer, dem Sicherungsnehmer und Lieferanten die vereinbarte Sicherheit zu verschaffen und zu belassen. Sie enthält Regeln zum Sicherungszweck, zum Umgang mit dem Sicherungsgut, zur Verrechnung von Forderungen und zur Verwertung bzw. Rückgewähr der Sicherheit⁶⁵¹.

Die Sicherungsabrede wird heute in der Regel schriftlich abgefasst, obwohl sie auch formlos gültig wäre⁶⁵². Sie unterliegt der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB, wenn sie mit vorformulierten Klauseln vereinbart wird. Bei den hier maßgeblichen Vertragsformen sind insbesondere die Fragen zu klären, was mit den Sicherheiten geschieht, wenn der zugrunde liegende Sukzessivlieferungsvertrag nichtig ist bzw. wenn die Forderungen des Lieferanten übersichert sind.

I. 1. Der Umfang der gesicherten Forderungen

Ist der zugrunde liegende Sukzessivlieferungsvertrag mit der Bezugsverpflichtung unwirksam, etwa wegen eines berechtigten Widerrufs⁶⁵³ oder wegen einer zu langen Laufzeit⁶⁵⁴, stellt sich die Frage, welches Schicksal die diesem Vertrag dienende Sicherheit ereilt. Ein Freigabeanspruch des Abnehmers und Sicherungsgebers hängt gemäß § 139 BGB davon ab, ob diese Sicherheit auch der Besicherung eines Rückabwicklungsverhältnisses hinsichtlich des als Gegenleistung erbrachten Guts dient⁶⁵⁵.

⁶⁴⁹ Die Personalsicherheiten wie eine Bürgschaft sind zwar auch ohne ausdrücklichen Sicherungsvertrag wirksam, in der Praxis wird jedoch zwischen Lieferanten und Abnehmer regelmäßig die Pflicht zur Beibringung und Beibehaltung einer derartigen Sicherheit als Sicherungsabrede bestehen, vgl. Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 52

⁶⁵⁰ Palandt-Bassenge, 63. Aufl., § 930, Rz. 15; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 49; Baur/Stürner, § 45, Rz. 24

⁶⁵¹ Vgl. BGH NJW-RR 1996, 234; Palandt-Bassenge, 63., Aufl., § 930, Rz. 17, § 1191, Rz. 19; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 49 ff.

⁶⁵² Serick, S. 32

⁶⁵³ Vgl. oben Kap. D. II.

⁶⁵⁴ Vgl. oben Kap. E III 1.

⁶⁵⁵ BGH ZIP 1991, 1011 mit Anm. Thamm/Detzer EwIR 1991, 833; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 50; Baur/Stürner, § 45, Rz. 38

Der für die zu sichernde Forderung abgeschlossene Vertrag und der Sicherungsvertrag sollen nach der Meinung vieler zwar in der Regel eine Einheit im Sinne des § 139 BGB bilden, so dass im Falle der Nichtigkeit des Kreditvertrages auch der Sicherungsvertrag nichtig sein soll⁶⁵⁶. Dies ist jedoch differenzierter zu betrachten. Man kann nicht von vorneherein von einem solchen hypothetischen Willen der Parteien ausgehen. Die Parteien können die ausschließliche Verknüpfung der Sicherheiten mit einem bestimmten Sukzessivlieferungsvertrag gewollt haben, wenn sich dies aus den Vertragsunterlagen ergibt. Andererseits wissen die Beteiligten in der Regel, dass im Laufe der Vertragszeit weitere Umstände entstehen können, die eine Erstreckung der Sicherheiten darauf sinnvoll erscheinen lassen. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Lieferant später aus Kulanz ein Inventarteil zur Verfügung stellt, ohne dass sich dies zu Vertragsbeginn bereits vereinbart worden ist. Hier wird man zu Recht annehmen können, dass die Sicherungsabrede neben dem Sukzessivverhältnis eine unabhängige, nach § 139 BGB abspaltbare Einheit bildet, die nicht zwingend von einer Unwirksamkeit des Grundverhältnisses mit umfasst wird.

Um die zuvor erörterte Problematik zu vermeiden und die beschriebenen Sicherungsbedürfnisse des Lieferanten vertraglich abzusichern, wird in Sicherungsverträgen in der Regel bestimmt, dass Sicherheiten „für sämtliche Verpflichtungen aus dem gesamten Vertragsverhältnis“⁶⁵⁷ zu bestellen sind. So will der Lieferant seine Sicherheit nicht nur auf eine der möglichen mehrgliedrigen Forderungen begrenzen, sondern auf alle denkbaren künftigen Ansprüche ausdehnen. Problematisch ist, ob diese Erweiterung der zu sichernden Forderung als AGB-Klausel zulässig ist⁶⁵⁸.

Nicht streitig ist, dass Sicherheiten für mehrere Forderungen bestellt werden können⁶⁵⁹. Fraglich könnte die Einbeziehung künftiger Forderungen sein, insbesondere auch der gesetzlichen Forderungen, wie sie bei unwirksamen Verträgen entstehen können⁶⁶⁰. Die Erstreckungsmöglichkeit des Sicherungszwecks auf weitere künftige Forderungen ist prinzipiell zu bejahen. Bei einem sittenwidrigen Darlehensvertrag ist gemäß § 138 BGB zunächst dieser Teil der Absprachen nichtig, da es sich bei der Sicherungsabrede um einen davon zu trennenden Vertrag handelt, vgl. § 139 BGB. Wenn dieser außerdem in seinen Konditionen nicht sittenwidrig ist, stellt sich die Frage, warum der Sicherungsvertrag mit einer Erstreckungsklausel auf die gesetzlichen Rückgewähransprüche nicht wirksam sein soll. Denn ein gesetzliches Vorbild im Sinne des § 307 II Nr. 1 BGB, an dem diese Klausel zu messen wäre, existiert nicht. Sofern die zu sichernden Forderungen also einen Zusammenhang aufweisen, der mit dem ursprünglich vereinbarten, aber

⁶⁵⁶ BGH NJW 1994, 2885; Baur/Stürner, § 45, Rz. 19, 21, 39; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 51

⁶⁵⁷ Alternativ werden auch „alle Forderungen aus der bestehenden Geschäftsbeziehung“ in die Formulierung mit aufgenommen

⁶⁵⁸ Baur/Stürner, § 45, Rz. 14

⁶⁵⁹ Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 229

⁶⁶⁰ Broihan, S. 47

unwirksamen Grundvertrag besteht, ist auch nicht von einer so wesentlichen Einschränkung des Sicherungsgebers dahingehend zu sprechen, dass der Vertragszweck gemäß § 307 II Nr. 2 BGB gefährdet wäre. Daraus ergibt sich die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Erstreckungsklauseln auf künftige Forderungen der Geschäftsbeziehung⁶⁶¹. Auch die Ansprüche des Lieferanten aus den einzelnen Sukzessivlieferungen sind mit dieser Begründung in den Kreis der mit abgesicherten Forderungen mit aufzunehmen.

Für Bürgschaften wird man hier jedoch insofern eine Einschränkung machen müssen, als § 767 I S. 3 BGB und die Akzessorietät dieser Sicherheit zu beachten sind. Daraus folgt, dass bei einer solchen Sicherungsart die Sicherungsabrede die möglichen künftigen Forderungen benennen muss, um die Bürgschaft auch auf diese zu erstrecken⁶⁶².

I. 2. Der Freigabeanspruch des Sicherungsgebers

Liegt eine Übersicherung des Lieferanten vor, dass die ihm überlassenen Sicherheiten den Wert der ausstehenden Valuta übersteigen, stellt sich die Frage nach einem Anspruch des Abnehmers auf eine (teilweise) Freigabe der Sicherheiten. Auf jeden Fall hat der Sicherungsgeber einen Anspruch auf Rückübertragung des Sicherungsguts nach der Tilgung der zu sichernden Forderungen⁶⁶³. Dieser Anspruch auf eine anteilige Freigabe wird auch bei einer gegebenenfalls erst im Laufe der Vertragsabwicklung eintretenden Übersicherung des Sicherungsnehmers zu bejahen sein. Eine relevante Übersicherung wird ab etwa einem Wert von 110 % bzw. 120 – 150 % der zu sichernden Forderungen zugunsten des Sicherungsgebers angenommen⁶⁶⁴. Zu beachten ist allerdings, dass der Wert der abzusichernden Forderung nicht nur in den jeweiligen Darlehensvaluta besteht. Im Rahmen der hier behandelten Sukzessivlieferungsverträge, die jeweils ein zusammenhängendes Rechtsgeschäft von Bezugsbindungen, der Gegenleistung und den Sicherheiten darstellen, ist zu berücksichtigen, dass die Sicherheit in dem Sicherungsvertrag gegebenenfalls auch für die noch offenen Warenforderungen eingeräumt wird. Diese Forderungen müssen daher bei der Beurteilung eines Freigabeanspruchs mitberücksichtigt werden.

⁶⁶¹ BGHZ 100, 84; BGH ZIP 1995, 728; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 159; Serick, S. 117; Horn ZIP 2000, 96; kritisch Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 663; ebenso Wolf/Horn/Lindacher, § 9, Rz. S 96

⁶⁶² Fullenkamp, S. 110; Broihan, S. 56 f.; Haun, S. 109; Heinrichsmeier, S. 72; Meinhardt, S. 24

⁶⁶³ BGH NJW 1984, 1184; BGH NJW 1994, 865; Medicus Rz. 524

⁶⁶⁴ BGH NJW 1994, 865; Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rz. S 101 f., Tetzlaff ZIP 2003, 1828 (mit Verweis auf die §§ 170 f. InsO) nennen die Grenze von 110 %, ebenso Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 1111, der allerdings den Parteien einräumt, eine Freigabegrenze von 120 % zu vereinbaren, Rz. 1117; Ulmer/Brandner/Hensen räumen eine Freigabegrenze von 150% noch als zulässig an, ebenso Tetzlaff a. a. O.

Entsprechend der Rechtsprechung⁶⁶⁵ zu revolvingierenden Sicherheiten dürften Sicherungsklauseln, die keine derartige Freigabe von Sicherheiten vorsehen, auch in den hier interessierenden Vertragsverhältnissen unwirksam sein, ohne den Bestand des Vertrages im übrigen zu gefährden. Zwar werden in den hier behandelten Verträgen häufig statische statt revolvingierende Sicherheiten eingeräumt. Dies gilt insbesondere für die Gegenleistung des Lieferanten. Allerdings verringern sich im Laufe der Vertragszeit die noch gültige Dauer der Bezugsverpflichtung, die gegebenenfalls vereinbarte Bezugsmenge und auch der Wert der eingeräumten Gegenleistung (etwa eines Darlehens). Daher kann es im Einzelfall geschehen, dass sich der Lieferant, bezogen auf die Sicherheiten im Verhältnis zu den noch offen stehenden Positionen, im Lauf der Zeit immer besser stellt. Dies gilt zumindest dann, wenn eine Sicherheit kaum oder nicht an Wert verliert. Denkbar ist das ist etwa bei Grundschulden oder bei abgetretenen, aber weiter aufgebauten Kapital-Lebensversicherungen.

Ein solcher Wertverlust tritt jedoch nicht bei Inventar ein, das leihweise überlassen oder sicherungsübereignet ist. Denn dieses nutzt sich während der Laufzeit stärker ab und erleidet parallel zur Reduktion der zu sichernden Forderung einen verhältnismäßig höheren Wertverlust⁶⁶⁶.

II. Personalsicherheiten

Dem Lieferanten steht zunächst die Möglichkeit offen, neben der Verpflichtung seines Vertragspartners weitere Personen in die Haftung einzubinden. Bei der Gewährung von Gegenleistungen für eine Bezugsverpflichtung wurde es früher als unumgänglich angesehen, speziell Familienangehörige, die in dem Absatzbetrieb des Abnehmers mitarbeiteten, mit in die Haftung zu nehmen. Dies erfolgte in der Regel derart, dass z. B. die Ehefrau für alle Forderungen des Lieferanten insgesamt eine gesamtschuldnerische, unbefristete und unbegrenzte Bürgschaft übernahm oder einen entsprechenden Schuldbeitritt erklärte. Damit sollten auch innerfamiliäre Vermögensverschiebungen, etwa um Gläubiger zu benachteiligen, verhindert werden. Für eine solche Konstellation ist nun die Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaften von Familienangehörigen maßgeblich.

⁶⁶⁵ BGH GrZS 137, 212; BGH NJW-RR 1998, 1123; vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, Anh. §§ 9-11, Rz. 658; Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 1107

⁶⁶⁶ Tetzlaff ZIP 2003, 1831 verweist zu Recht auf diese Bewertung von Sicherheiten; vgl. unten, Kap. F III. 1.

II. 1. Die frühere Rechtsprechung zu Bürgschaften von Angehörigen

Eine persönliche Haftung von Familienangehöriger konnte früher ohne Beschränkungen vereinbart werden. In den neunziger Jahren des 20. Jahrhunderts untersuchte die Rechtsprechung diese Praxis insbesondere bei Bankdarlehen im Hinblick auf § 138 BGB. Diese Rechtsprechung zeitigt auch Konsequenzen für die hier untersuchten Verträge, denn die Grundzüge der Rechtsprechung gelten nicht nur für Bankdarlehen, sondern auch für andere gewerbliche Kreditgeber⁶⁶⁷.

Grundsätzlich sind alle voll geschäftsfähigen Personen im Rahmen ihrer Selbstverantwortung sich selbst gegenüber verpflichtet, die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit zu prüfen. Gegen Mitte bis Ende der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts setzte jedoch eine Instanz-Rechtsprechung ein, die bei der Übernahme von Bürgschaften durch Familienangehörige für Bankkredite immer strengere Maßstäbe anlegte⁶⁶⁸. Daraus entstand ein Konflikt zwischen den Befürwortern der Privatautonomie einerseits und denjenigen andererseits, die dem Schutz von Angehörigen einen größeren Stellenwert beimaßen. Dieser Streit setzte sich bis in den BGH fort. Hier kollidierte die Rechtsprechung des damaligen, für Bürgschaftsfragen zuständigen IX. Senats mit der liberaleren Rechtsprechung des für Bankrecht zuständigen XI. Senats des BGH⁶⁶⁹. Diese Problemlage wurde schließlich dem Bundesverfassungsgericht vorgelegt⁶⁷⁰.

II. 2. Die aktuelle Rechtsprechung zu Bürgschaften von Angehörigen

Nunmehr hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass eine derartige Bürgschaft dann unwirksam ist, wenn sie erkennbar eine strukturelle Unterlegenheit des Bürgen ausdrückt, und die Bürgschaft eine ersichtlich mit seinen Einkommens- und Lebensverhältnissen unvereinbare Belastung bedeutet⁶⁷¹. Die Begründungen hierfür weichen jedoch in einzelnen Nuancen voneinander ab. Dabei ist es unerheblich, mit welchem rechtlichen Instrument die Mithaftung begründet wird: Bürgschaft, Schuldbeitritt oder die Mithaftung zu dem zugrunde liegenden Vertrag werden also insofern einheitlich beurteilt⁶⁷².

⁶⁶⁷ BGH NJW 2002, 746

⁶⁶⁸ LG Lübeck WM 1987, 955; OLG Stuttgart WM 1988, 454 f., Erman/Palm § 138, Rz. 90; weitere Beispiele s. Haun, S. 31 ff.; OLG Dresden, SeuffA 67, Nr. 1 hat bereits 1910 eine Bürgschaft einer vermögenslosen Familienangehörigen über 3.500,-- RM gemäß § 138 BGB für unwirksam erklärt

⁶⁶⁹ Diese Differenzen in der Rechtsprechung beschreibt Palandt-Heinrichs, 63. Auflage, § 138 Rz. 38 ff.; in Larenz AT, § 41, S. 742 ff. von 1997 wird diese Frage noch gar nicht problematisiert

⁶⁷⁰ BVerfG NJW 1994, 2749 f.; NJW 1996, 2021

⁶⁷¹ BVerfG NJW 1994, 2749 f.; BGHZ 125, 206; BGH NJW 2001, 815, nun ständige Rechtsprechung. Diese Grundsätze gelten ebenso für Schuldbeitritte, vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 138, Rz. 38 a

⁶⁷² Vgl. BGH NJW 2001, 815; BGH NJW 2002, 744, 2705

Zum geschützten Kreis gehören diejenigen Angehörigen des Kreditnehmers, die mit diesem emotional verbunden sind. Das sind zum einen die Kinder des Hauptschuldners, an deren Mithaftung sich diese Rechtsprechungsentwicklung entzündet hat⁶⁷³, aber auch Ehegatten, Verlobte⁶⁷⁴, und Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft⁶⁷⁵. Werden diese Angehörigen durch ihre Mithaftung krass überfordert, besteht eine tatsächliche, wenn auch widerlegbare Vermutung, dass die Bürgschaft nicht auf Grund einer rationalen Entscheidung zu den wirtschaftlichen Hintergründen übernommen wurden, sondern aus emotionaler Verbundenheit. Der Kreditgeber kann hier diese emotionale Bindung des Bürgen zum Hauptschuldner in sittenwidriger Weise ausgenutzt haben⁶⁷⁶.

Eine krasse Überforderung liegt vor, wenn der Bürge voraussichtlich nicht einmal die Zinsen der Hauptverbindlichkeit aufbringen kann⁶⁷⁷. Selbst wenn beide Ehegatten zusammen in der Lage wären, die zu sichernde Forderung zu bedienen, beseitigt dies nicht die Sittenwidrigkeit. Es kommt hier allein auf die Situation des Bürgen an⁶⁷⁸. Andererseits ist jedoch die Verwertung eines Eigenheimes einem Bürgen zumutbar. In diesem Fall liegt keine unzumutbare Überforderung vor⁶⁷⁹.

Darüber hinaus ist bei den hier behandelten Verträgen folgendermaßen zu differenzieren: Zwar ist ein Sukzessivlieferungsvertrag, der mit einer Gegenleistung für eine Bezugsbindung verknüpft ist, in der Regel ein einheitlich zu betrachtender Vertrag⁶⁸⁰. Beschränkt sich die Bürgschaftsforderung jedoch nur auf die Gegenleistung, also z. B. auf ein Darlehen oder auf Pachtforderungen, haftet der Bürge auch nur für die Forderungen aus diesem Vertragsteil. Die Prüfung, ob ein Bürge überfordert ist, beschränkt sich dann nur auf diesen Teil der Forderungen. Ist diese Sicherheit jedoch für alle Forderungen des zugrunde liegenden, gesamten Sukzessivlieferungsvertrages bestellt, wird man nicht nur das Darlehen isoliert betrachten können, um eine Überforderung zu ermitteln. Da das Vertragswerk in der Regel auf Grund des inhaltlichen und sachlichen Zusammenhangs aller Vertragsteile einheitlich zu bewerten ist, sind eventuelle Belastungen des Mithaftenden aus allen Entstehungsgründen des Vertrages zusammenzurechnen⁶⁸¹. Es kommt also wesentlich darauf an, im Einzelfall zu prüfen, für welche akzessorischen

⁶⁷³ BGHZ 125, 206; BGH NJW 1997, 52

⁶⁷⁴ BGHZ 136, 350

⁶⁷⁵ BGH NJW 1997, 1005; vgl. auch MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138; Rz. 94;

⁶⁷⁶ BGH NJW 1999, 2584; BGH NJW 2000, 1182; BGH NJW 2001, 815; BGH NJW 2002, 744

⁶⁷⁷ BGHZ 135, 70; Scholz DRiZ 2003, 27; man spricht auch vom „modernen Schuldturn“, vgl. Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 869

⁶⁷⁸ BGH NJW 1999, 2585; BGH NJW 2000, 1182; BGH NJW 2001, 815; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138 Rz. 93; Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138 Rz. 162 b; anders noch Lauer, Grundlagen der Bürgschaft ZAP Fach 8, 257, 260 (1997)

⁶⁷⁹ BGH NJW 2001, 2466; BGH FamRZ 2002, 1550 für generellen Immobilienbesitz zur Zeit der Abgabe der Bürgschaftserklärung; Weber, NJW 2003, 3604

⁶⁸⁰ S. o. Kap. B III sowie E III 1. 1. , zu § 139

⁶⁸¹ In diesem Sinne auch OLG Köln ZIP 2002, 844, der dies bei mehreren Krediten eines Kreditgebers, zwischen denen ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, bejahte; Horn ZIP 2000, 94

Forderungen und in welcher Höhe die Bürgschaft abgegeben wird. Wird der Bürge dann mit der Abgabe dieser Sicherheit krass überfordert, ist die Sittenwidrigkeit auch in diesem Fall indiziert. Diese Vermutung kann jedoch durch eine Gesamtwürdigung widerlegt werden⁶⁸².

- Das mithaftende Familienmitglied als Mitunternehmer

Die Sittenwidrigkeit der Bürgschaft kann etwa trotz Überforderung entfallen, wenn der Bürge selbst einen unmittelbaren Vorteil durch das Geschäft der Hauptforderung erlangt. Das ist dann der Fall, wenn der Bürge durch eine Kreditaufnahme Miteigner des anzuschaffenden Gegenstandes wird⁶⁸³ oder am Gewinn des zu finanzierenden Geschäfts beteiligt wird⁶⁸⁴. Hierbei kommt es auf die Unmittelbarkeit dieses Vorteils für den Bürgen an. Mittelbare Vorteile reichen dagegen nicht aus, um die Sittenwidrigkeit einer Bürgschaft entfallen zu lassen. Die Aussicht, dass mit dem zu finanzierenden Geschäft der Ehegattenunterhalt gesichert oder gar gesteigert werden kann oder die Chance, später in einem Betrieb mitarbeiten zu können, stellt keinen unmittelbaren Vorteil dar, der dem Sicherungsnehmer zugute kommen könnte⁶⁸⁵.

Eine solche Abgrenzung ist auch schlüssig für die Mithaftung im Rahmen der hier zu behandelnden Sukzessivlieferungsverträge. Übernimmt z. B. ein mithaftender Ehegatte aktiv die Position eines weiteren Vertragspartners des Lieferanten, ist er mit seinem Ehegatten auch (Gesamt-) Gläubiger gegenüber dem Lieferanten. Seine Situation ist nicht mit der eines familienangehörigen, aber ansonsten einflusslosen Bürgen zu vergleichen. In diesen Fällen wird der Ehegatte auch ein eigenes Interesse an dem Geschäft haben und gemeinsam mit seinem Ehegatten über die Verwendung eines als Gegenleistung erhaltenen Darlehens mitentscheiden. Dies wird allerdings aus der Sicht des Vertragspartners und seines Familienmitglieds beurteilt: Der Lieferant kann nicht durch die bloße eigene Eintragung z. B. des Ehegatten als Partei in einen Vertrag diesen zu einem unternehmerischen Mitunternehmer machen, um damit den Folgen des § 138 BGB zu entgehen⁶⁸⁶.

Gibt es daher nachvollziehbare, vernünftige Beweggründe, sich für einen Ehegatten oder einen anderen Familienangehörigen zu verbürgen, so entfällt die sittenwidrige Überforderung. Dies gilt selbst dann, wenn der Bürge z. Zt. der Bürgschaftserklärung kein eigenes Einkommen und Vermögen hat, sich die Höhe seiner Mithaftung aber in

⁶⁸² Bülow, Kreditsicherheiten, Rz. 875; Haun, S. 103 f.; Heinrichsmeier, S. 164; Tiedtke NJW 2001, 1023; Scholz DRiZ 2003, 28

⁶⁸³ BGH NJW 1999, 2588; nach BGH NJW 2003, 967 genügt eine Beteiligung von 10 – 25 %; Weber NJW 2003, 3604

⁶⁸⁴ BGHZ 125, 216; LG Hamburg ZMR 2003, 842; Horn ZIP 2000, 99; Krüger MDR 2002, 857, will den Rahmen der krassen Überforderung mit Verweis auf die Möglichkeit der Restschuldbefreiung gemäß § 301 InsO wieder lockern

⁶⁸⁵ BGH NJW 1997, 52; BGH NJW 2002, 2705

⁶⁸⁶ BGH FamRZ 2002, 1253; Weber NJW 2003, 3604

einem angemessenen Rahmen hält⁶⁸⁷. Da es zur Beurteilung eines solchen Sachverhalts auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ankommt, dürften in die Erwägungen, ob ein Bürge überfordert wird, auch weitere Umstände einfließen. Dazu zählt z. B. die feste Absicht, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen und so eigenes Einkommen zu erzielen.

- Der Schutz vor Vermögensverlagerungen

Insbesondere bei langfristigen Kreditverträgen spielt es eine große Rolle, wie sich der Kreditgeber vor innerfamiliären Vermögensverlagerungen schützen kann. Denn die Ansprüche nach den §§ 129 ff. InsO sind gegen eine im Familienverbund optimierte Vermögensverteilung schwer durchsetzbar. Trotz der verschärften Rechtsprechung bei Bürgschaften von Ehegatten und anderen Familienangehörigen bleibt das Interesse von Kreditgebern anerkannt, derartige Vermögensverschiebungen zu unterbinden. Insofern sind auch aus diesen Gründen Bürgschaften bzw. Mithaftungserklärungen von Ehegatten selbst dann zulässig, wenn sie kein eigenes Einkommen erzielen bzw. kein eigenes Vermögen besitzen⁶⁸⁸. Dies setzt jedoch voraus, dass der beschränkte Zweck der Mithaftung im Vertrag eindeutig festgelegt ist⁶⁸⁹.

Ein vergleichbares Sicherungsbedürfnis hat der Lieferant eines Sukzessivlieferungsvertrages, der für die Bezugsbindung eine entsprechende Gegenleistung erbracht hat. Gerade langfristige Verträge erfordern die Sicherheit, dass keine Vermögensverschiebungen stattfinden, die die Position des Lieferanten verschlechtern. Die vorgenannten Grundsätze sind daher auch auf diese Verträge anwendbar⁶⁹⁰.

II. 3. Die Personalsicherheit eines Geschäftsführers

Häufig werden bei Abnehmerbetrieben, die in der Rechtsform einer GmbH betrieben werden, auch der/die Gesellschafter-Geschäftsführer durch entsprechende Bürgschaften bzw. Schuldbeitritte in die persönliche Haftung für Kreditgeschäfte der GmbH genommen. Die vorgenannten Grundsätze der Sittenwidrigkeit derartiger Bürgschaften treffen bei den genannten Gesellschaftern/Geschäftsführern nicht zu,

⁶⁸⁷ BGH NJW 2000, 1182; das BVerfG NJW 1994, 39, hat einen Haftungsbetrag von 30.000,-- DM, das OLG Köln NJW-RR 2000, 639 einen von 50.000,-- DM für angemessen erachtet.

⁶⁸⁸ BGHZ 128, 320; BGH NJW 1996, 2089; Bülow, Kreditsicherheiten Rz. 876

⁶⁸⁹ BGH NJW 2002, 2230; Tiedtke NJW 2001, 1025; damit dürfte im Falle des Scheiterns der Ehe die Geschäftsgrundlage für die Bürgschaft entfallen und die Bürgschaft auf die Vermögensverhältnisse des Ex-Ehegatten anzupassen sein, vgl. Soergel/Hefermehl, 13. Aufl., § 138, Rz. 162 c

⁶⁹⁰ Horn ZIP 2000, 100; Scholz DRiZ 2003, 30; Krüger MDR 2002, 856, der darauf hinweist, dass derartige Rubriken bis dahin nicht in die AGB der Banken aufgenommen wurden

da ein Geschäftsführer nicht mit einem emotional abhängigen Familienmitglied vergleichbar ist. In der Regel ist er gleichzeitig der Gesellschafter der GmbH oder am Gewinn der GmbH beteiligt. Für einen Unternehmer, der zwangsläufig Chancen und Risiken eines Geschäfts abzuwägen hat, stellt sich seine Situation anders als bei einem Familienangehörigen dar. Daher ist die vorgenannte Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Bürgschaften auf ihn nicht anwendbar⁶⁹¹.

In Ausnahmefällen können die Voraussetzungen der krassen Überforderung jedoch auch hier vorliegen. Übernimmt jemand nur als Strohmann die Funktion eines GmbH-Geschäftsführers, und verbürgt er sich aus emotionaler Verbundenheit mit seinen Hintermännern, kann auch hier die Sittenwidrigkeit der Mithaftung die einzig zutreffende Schlussfolgerung sein⁶⁹².

II. 4. Mithaftung und Verbraucherschutz

Bei Bürgen, die den Status eines Verbrauchers haben, stellt sich die Frage, ob ihnen in Anlehnung an § 491 II BGB (früher: § 3 I VerbrKrG) ein eigenes Widerrufsrecht zusteht. Diese Frage erhebt sich vor dem Hintergrund, dass für einen Schuldbeitritt das Verbraucherrecht einschließlich einer Widerrufsmöglichkeit für den Beitretenden anwendbar ist, sofern es sich bei dem Beitretenden um einen Verbraucher handelt⁶⁹³. Zwar gehört der Schuldbeitritt nicht definitiv in den Katalog von Kreditgeschäften der §§ 491 I, 499 BGB (früher: § 1 II VerbrKrG). Der Schuldbeitritt ist jedoch im Wege einer analogen Auslegung in den Schutzbereich des Verbraucherrechts aufgenommen worden. Zur Begründung hieß es, dass das VerbrKrG die Beteiligung Dritter auf der Seite des Kreditnehmers nicht geregelt habe, der Beitretende aber genauso schutzbedürftig sei wie der eigentliche Verbraucher-Kreditnehmer⁶⁹⁴. Entsprechendes gilt über den Schuldbeitritt hinaus auch für die Mitverpflichtung als Mitdarlehensnehmer⁶⁹⁵.

Es hat ebenfalls Stimmen gegeben, auch die Bürgschaft aus den gleichen Gründen im Wege der analogen Auslegung in den Schutzbereich des seinerzeitigen § 1 II VerbrKrG mit aufzunehmen⁶⁹⁶. Das hat der BGH jedoch abgelehnt⁶⁹⁷. Eine so weitreichende analoge Ausdehnung des Verbraucherschutzrechts wollte der BGH nicht vornehmen. Denn im Unterschied zum Schuldbeitritt oder zu einem Mit-

⁶⁹¹ BGHZ 137, 329; BGH NJW 1998, 894; BGH NJW 2002, 956, 1337; Scholz DRiZ 2003, 32; Horn ZIP 2000, 102

⁶⁹² BGH NJW 2002, 2634; Sittenwidrigkeit kann auch durch eine Überrumpelung des Bürgen vorliegen, BGH NJW 1997, 2578

⁶⁹³ S. o. D II 2. 1., D II 4.

⁶⁹⁴ Vgl. BGH NJW 2000, 3496

⁶⁹⁵ BGH NJW 1997, 1443

⁶⁹⁶ Bülow, VerbrKrG, 3. Aufl., § 1 Rz. 108 f.

⁶⁹⁷ BGH DB 1998, 1179; Palandt-Sprau, 63. Aufl., § 765 Rz. 4

Darlehensnehmer fehle es an der Entgeltlichkeit einer Bürgschaft. Diese Entgeltlichkeit ist auch in den §§ 491 ff. BGB weiterhin ein Tatbestandsmerkmal für Verbraucherverträge.

Die Ausdehnung des Verbraucherschutzrechts auf Bürgschaften ist mit Recht abgelehnt worden⁶⁹⁸. Anders als bei einem Schuldbeitritt handelt es sich bei der Bürgschaft nicht um eine Gesetzeslücke. Die §§ 765 ff. BGB sehen etwa durch die erforderliche Schriftform und sonstige Bürgenrechte einen Schutz des Bürgen gesetzlich vor. Von einer planwidrigen Lücke, die durch eine analoge Auslegung zu füllen sei, kann daher nicht die Rede sein. So ist die Schriftform des § 766 BGB nicht ergänzt oder verdrängt durch den seinerzeitigen § 4 VerbrKrG.

Dementsprechend fällt eine Bürgschaftserklärung nicht in den Geltungsbereich der Verbraucherkredit-Richtlinie 87/102 der EU vom 22. 12. 1986, die die Grundlage des Verbraucherschutzrechts bildet. Eine derartige analoge Ausdehnung des Kreditbegriffs auch auf Bürgschaften ist daher zu weitgehend.

Eine weitere Widerrufsmöglichkeit ist aus dem HWiG (heute § 312 BGB) für den Fall abgeleitet worden, dass der Bürge Verbraucher ist und die Sicherheit als Haustürgeschäft abgeschlossen wird. Diese Frage ist bis in den BGH hinein streitig gewesen⁶⁹⁹, weil das deutsche Recht hierfür einen „entgeltlichen“ Vertrag vorausgesetzt hat, während die zugrunde liegende Richtlinie⁷⁰⁰ auch einseitige Verpflichtungen in den Anwendungsbereich mit einbezogen hat. Der EuGH⁷⁰¹ hat daraufhin hierzu grundsätzlich zugunsten eines Widerrufsrechts des Bürgen entschieden, das allerdings nur dann zum Zuge kommen soll, wenn die Hauptverbindlichkeit ebenfalls ein Verbrauchervertrag ist und es sich zusätzlich um ein Haustürgeschäft handelt. Da diese kumulativen Voraussetzungen bei den hier behandelten Verträgen in der Regel nicht vorliegen⁷⁰², spielt das Widerrufsrecht hier kaum eine Rolle.

III. Realsicherheiten

Neben den Personalsicherheiten kann der Lieferant mit seinem Vertragspartner eines Sukzessivlieferungsvertrages weitere Realsicherheiten vereinbaren, um seine Forderungen abzusichern. Grundschulden oder die Sicherungsabtretung von

⁶⁹⁸ BGHZ 138, 321, 323 ff.; OLG Stuttgart NJW 1997, 3450 f.; Becker/Dietrich NJW 2000, 2799; Tiedtke NJW 2001, 1027

⁶⁹⁹ BGHZ 113, 288 hielt das HWiG nicht für anwendbar, BGH NJW 1993, 1594 f. hielt den Bürgen für schutzbedürftig

⁷⁰⁰ EG-Richtlinie 85/577 vom 31. 12. 1985, Abl. der EG 1986 Nr. L 375, S. 31

⁷⁰¹ EuGH NJW 1998, 1295; der IX. Senat des BGH hat daraufhin seine Entscheidung BGHZ 113, 288 revidiert, BGHZ 139, 21; kritisch Tiedtke NJW 2001, 1026

⁷⁰² Vgl. Kap- D II. 4. 1.

Forderungen als klassische Sicherheiten sind auch in diesen Fällen durchaus üblich. Allerdings würde es den Rahmen dieser Arbeit sprengen, diese Sicherheiten hier insgesamt abzuhandeln. Daher konzentriert sich die Darstellung auf zwei Sicherheitsformen, die für Sukzessivlieferungsverträge, welche eine Gegenleistung mit einer langfristigen Bezugsbindung verbinden, von besonderer Bedeutung sind. Das betrifft das Inventar, das sicherungsübereignet oder unter Eigentumsvorbehalt verkauft wird, sowie die Grunddienstbarkeit.

III. 1. Inventar

Sofern der Lieferant das Inventar oder Teile davon zur Verfügung stellt, um im Gegenzug eine Bezugsbindung zu begründen, wird dies häufig als „Leih- und Belieferungsvertrag“ vereinbart⁷⁰³. Hier bleibt der Lieferant Eigentümer des Inventars und kann daher seine Eigentumsrechte im Rahmen des Vertrages unproblematisch geltend machen.

Außerdem kann der verpflichtete Abnehmer eines Sukzessivlieferungsvertrages Inventar seines Absatzbetriebs als bewegliche Sache zur Sicherung übereignen. Ein Lieferant kann dem Abnehmer das Inventar zur Aufnahme des Gewerbebetriebs des Abnehmers auch unter Eigentumsvorbehalt verkaufen und liefern, den Kaufpreis in ein Darlehen umwandeln, das dann die Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung eines Sukzessivlieferungsvertrages bildet⁷⁰⁴. Die folgenden Problempunkte spielen im Rahmen dieser Sicherheiten gerade in den hier behandelten Verträgen eine große Rolle.

- Substanzverlust des Inventars

Dient Inventar als Sicherheit des Lieferanten, handelt es sich in der Regel um Ausstattungsgegenstände, die der Abnehmer für seinen täglichen Betrieb benötigt. Hierzu gehören z. B. Theken, Geräte, Bestuhlungen oder Kücheneinbauten in Gastronomiebetriebe, Zapfsäulen, Tankstellenzubehör.

Generell kann festgestellt werden, dass dieses bei einem Abnehmerbetrieb zum Einsatz kommende Inventar einen tatsächlichen hohen Wertverlust erleidet. Der Lieferant als Sicherungsnehmer des Inventars muss daher damit rechnen, dass die Wertreduzierung eines Darlehens durch die Rückzahlung langsamer verläuft als die Wertentwicklung des dieses Darlehen absichernden Inventars. Der Wertverlust übersteigt insbesondere innerhalb der ersten Jahre der Laufzeit eines Sukzessivlieferungsvertrages bei weitem die von der Finanzverwaltung anerkannten

⁷⁰³ S. o., Kap. C II 2

⁷⁰⁴ Vgl. oben, Kap. C II 2

Abschreibungsraten von 0,84 %/Monat. Dieser Aspekt ist grundsätzlich von der Rechtsprechung anerkannt⁷⁰⁵.

Andererseits ist die Absicherung des Lieferanten als Bestandteil der Kreditbedingungen grundsätzlich auch bei der im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages eingegangenen Bezugsverpflichtung zu bewerten. Je geringer das Risiko des Lieferanten ist, das er mit seiner gewährten Gegenleistung eingeht, desto strenger sind die Anforderungen an die Laufzeit der Bezugsbindung⁷⁰⁶. Besteht die Sicherheit des Lieferanten jedoch lediglich im Inventar, das den dargestellten Wertverlust erleidet, geht er ein höheres Risiko ein als ein Kreditgeber, der mit vollwertigen Sicherheiten abgesichert ist. Der Wertverlust muss daher in die Gesamtbetrachtung über die höchstzulässige Laufzeit derart einfließen, dass diesem Umstand einer tendenziellen Untersicherung des Lieferanten Rechnung getragen wird⁷⁰⁷.

- Inventar, andere Sicherheiten und die Übersicherung des Lieferanten

Die Tatsache dieses Wertverlustes ist jedoch auch in anderer Hinsicht bedeutsam. Häufiger werden in Sukzessivlieferungsverträgen mit einer die Bezugsverpflichtung rechtfertigenden Gegenleistung mehrere parallele Sicherheiten zugunsten des Lieferanten bestellt. Denkbar ist etwa die Vereinbarung von Sicherungseigentum am Inventar sowie die Mithaftung einer oder mehrerer Personen, und/oder die Sicherungsabtretung einer Kapitallebensversicherung. Dies geschieht häufig, denn oft reicht nur eine der Sicherheiten für die Risikoabdeckung des Lieferanten bei weitem nicht aus. Im Verlauf der Vertragsabwicklung kommt es dennoch häufiger vor, dass der Abnehmer die Freigabe von Sicherheiten beansprucht und hierzu das Argument der Übersicherung heranzieht. Auf den ersten Blick können die reinen Nominalbeträge der einzelnen Sicherheiten in der Tat den noch offenen Valutabetrag, etwa des gegebenen Darlehens, übersteigen.

Für die im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages gegebenen Sicherheiten müssen die Richtlinien gelten, die in der Rechtsprechung generell zur Übersicherung aufgestellt wurden. Dies kommt dann in Betracht, wenn der Schätzwert des gesamten Sicherungsgutes 150 % des Werts der zu sichernden Forderungen von vorneherein übersteigt⁷⁰⁸. Ist das der Fall, hat die Rechtsprechung hier zugunsten des Sicherungsgebers einen entsprechenden Freigabeanspruch gegen den Sicherungsnehmer bejaht und dies mit den §§ 138, 139 BGB begründet⁷⁰⁹. Die

⁷⁰⁵ BGH NJW-RR 2001, 987 mit Anm. Armbrüster EWiR 2001, 309; BGH MDR 2001, 380 f.; BGH NJW 2001, 2331

⁷⁰⁶ S. o. Kap. E III. 1. 1.

⁷⁰⁷ BGH NJW-RR 2001, 987; BGH NJW 2001, 2331

⁷⁰⁸ BGHZ 137, 212; BGH NJW 1998, 2047; die Größenordnung von 150 % ist dem § 237 S. 1 BGB entnommen.

⁷⁰⁹ BGH NJW 1991, 353 f.; BGH NJW 1998, 2047; BGHZ 137, 212; Palandt-Bassenge, 63. Aufl., § 930, RZ. 24

Sicherungsübertragung als solche bleibt hiervon unberührt. Sind die Sicherungsbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen, halten diese Klauseln dem § 307 BGB nur stand, wenn darin ein entsprechender Freigabeanspruch aufgenommen wurde⁷¹⁰.

Die genannten Grundsätze gelten auch für die hier besprochenen Sukzessivlieferungsverträge. Der Nominalwert von Inventar verdient in diesem Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt des zuvor dargelegten Wertverlustes jedoch eine besondere Betrachtung.

Zum einen kommt es darauf an, ob die Sicherheiten nur die Rückzahlung eines als Gegenleistung gegebenen Darlehens sichern sollen, oder auch darüber hinaus gehende Ansprüche des Lieferanten, etwa wegen seines Belieferungsrechts und der sich daraus ergebenden Ansprüche. Maßgeblich ist also die entsprechende Ausgestaltung der Sicherungsabrede.

Zum anderen sind die Inventarsicherheiten des Lieferanten im Verwertungsfall nicht so werthaltig wie der Nominalwert von Inventar auf den ersten Blick suggerieren mag. Auf den überaus starken Wertverlust von Inventar ist bereits hingewiesen worden⁷¹¹. Der Sicherungsnehmer muss in der Regel feststellen, dass das Inventar schneller an Wert verliert, als die zu sichernden Forderungen abgebaut werden können. Insbesondere wenn das Inventar wegen eines Forderungsausfalls verwertet werden soll, ist in der Regel das gebrauchte Inventar je nach Abnutzung nur zu einem Bruchteil des Anschaffungspreises verwertbar. Daher ist dieser Umstand mit zu berücksichtigen, wenn der Schätzwert des Sicherungsgutes, der die Grundlage für die Berechnung der Übersicherung bildet, festgestellt wird⁷¹².

Auch sonst sind die Sicherheiten für den Lieferanten gegenüber den banküblichen Sicherheiten erfahrungsgemäß häufig nur zweitklassig. Erstrangige Grundschulden, Bankbürgschaften oder andere erstklassige Sicherheiten wird der Lieferant in der Regel nicht erhalten. Wenn der Abnehmer seinen Geschäftsbetrieb über ein Bankdarlehen finanzieren kann, das nicht mit einer Bezugsverpflichtung verknüpft ist, wird er aus wirtschaftlichen Erwägungen eher das Bankdarlehen wählen, um seine unternehmerische Bewegungsfreiheit im Ein- und Verkauf zu bewahren. Daraus folgt, dass der Lieferant in der Regel ein höheres Verwertungsrisiko als eine Bank trägt. Eine Bewertung, ob die ursprünglich vereinbarten Sicherheiten tatsächlich die offenen Forderungen abdecken, muss in diesen Fällen in die Beurteilung des Sicherungsgutes mit einfließen, will man zu einer zutreffenden, interessengerechten Abwägung kommen, ob eine Übersicherung vorliegt oder nicht.

⁷¹⁰ BGHZ 137, 212; BGH NJW 1998, 1123

⁷¹¹ S. o. F I 2

⁷¹² BGHZ 137, 212; Terlau BB 1998, 1498

III. 2. Die beschränkt persönliche Grunddienstbarkeit

Die Sicherheiten, die dem Ausfall von Geldforderungen vorbeugen sollen, geben dem Lieferanten nur ein indirektes Druckmittel zur Absicherung der Bezugsverpflichtung, denn die Erfüllung der Bezugsverpflichtung betrifft eine entsprechende Handlungsweise des Abnehmers und nicht eine Geldforderung. Im Falle einer Erfüllungsverweigerung des Abnehmers können die eingeräumten Sicherheiten zwar auch zur Abgeltung von Schadensersatzansprüchen in Geld herangezogen werden. Die Erfüllung der Bezugsverpflichtung selbst lässt sich durch eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit über einen direkten Unterlassungsanspruch gegen den Grundstückseigentümer absichern, §§ 1090, 1018 BGB.

III. 2. 1. Der abstrakte Charakter der Grunddienstbarkeit

Es entspricht dem Wesen einer Grunddienstbarkeit, dass sie „nur“ die Eigentümerbefugnisse zum tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten beschränken soll. Die Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsfreiheit des betroffenen Grundeigentümers sollte mit einer Grunddienstbarkeit ursprünglich nicht verbunden sein⁷¹³. Ein direktes Verbot zu Lasten des Abnehmers, keine Konkurrenzwaren zu beziehen, kann also nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein.

In Betracht kommt jedoch eine Gestaltung, die es dem Grundstückseigentümer und Abnehmer mittels beschränkt persönlicher Dienstbarkeit untersagt, die Vertragswaren der Gattung nach generell auf dem Grundstück zu vertreiben. Damit ist entsprechend §§ 1090, 1018 BGB nur ein tatsächlicher Gebrauch des Grundstücks als Eigentumsbeschränkung beschrieben. Eine derartige Beschränkung kann Gegenstand der Grunddienstbarkeit sein. Schuldrechtlich erlaubt der Lieferant jedoch den Absatz der Vertragswaren, solange der Abnehmer entsprechend dem Bezugsvertrag nur die verpflichteten Vertragswaren absetzt⁷¹⁴.

Im Ergebnis kommt einer solchen beschränkt persönlichen Dienstbarkeit durch diese Konstruktion jedoch die Funktion zu, die schuldrechtliche Bezugsverpflichtung dinglich zu sichern⁷¹⁵. Wesentlich für die Anerkennung dieses Modells durch die Rechtsprechung ist, dass die beschränkt persönliche Dienstbarkeit sachenrechtlich weiter gefasst ist, als es die Parteien vertraglich vereinbart haben⁷¹⁶. Der Lieferant

⁷¹³ BGH NJW 1959, 670; BGH BB 1962, 111; BGH WM 1984, 820

⁷¹⁴ Bestätigt seit BGH DB 1975, 638; BGH NJW 1979, 2150; Martinek/Semler, § 41, Rz. 28

⁷¹⁵ BGH WM 1980, 1293; Palandt-Bassenge, 63. Aufl., § 1018, Rz. 25

⁷¹⁶ BGH NJW 1988, 2364, mit Anm. Klaas, EWiR 1988, 465; BGH NJW-RR 1992, 593; BGH DB 1998, 1507

hat mit diesem Instrument ein wirksames Mittel in Hand, Fremdlieferungen in das verpflichtete Absatzobjekt und damit Konkurrenz zu verhindern. Wirtschaftlich bedeutet eine solche Absicherung für ihn auch, dass er seine Abgabepreise somit nicht zur Disposition zu stellen braucht⁷¹⁷.

III. 2. 2. Die Laufzeit von Grunddienstbarkeiten

Grunddienstbarkeiten werden in der Regel unbefristet erteilt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Grundsätze, die die Rechtsprechung zur höchstzulässigen Laufzeit von Sukzessivlieferungsverträgen mit Bezugsverpflichtungen aufgestellt hat⁷¹⁸, auch auf derartige Dienstbarkeiten anzuwenden ist⁷¹⁹. Die Rechtsprechung tendierte zunächst dazu, dass eine Dienstbarkeit nicht weiter reichen könne, als die vertragliche vereinbarte Abnahmepflicht⁷²⁰. Die Dauer der Dienstbarkeit müsste daher auf die höchstzulässige, schuldrechtliche Bindungsdauer begrenzt werden⁷²¹.

Diese direkte Verknüpfung von dinglichen und schuldrechtlichen Aspekten wird dem Abstraktionsprinzip zwischen dem Schuld- und Sachenrecht der Grunddienstbarkeit nicht gerecht. Die Trennung des Kausalgeschäfts von der dinglichen Absicherung ist ein wesentliches Strukturmerkmal des BGB. Auch ist der mögliche Inhalt einer Dienstbarkeit einer Unterlassung nicht automatisch mit den Verpflichtungen gleichzusetzen, die sich aus einer Bezugsverpflichtung ergeben⁷²². Daher sind zu Recht auch zeitlich unbefristete Dienstbarkeiten mit einer unbeschränkten Geltungsdauer anzuerkennen⁷²³. Daraus folgt, dass eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, die eine zeitlich befristete Bezugsverpflichtung sichern soll, selbst dann nicht gem. § 138 BGB nichtig ist, wenn die zugrunde liegende Bezugsverpflichtung die höchstzulässige Laufzeit übersteigt und daher selbst sittenwidrig ist⁷²⁴.

⁷¹⁷ OLG Nürnberg v. 21. 1. 1999, 2 U 2341/98 (unveröffentlicht)

⁷¹⁸ S. o., Kap. E III. 1.

⁷¹⁹ Vgl. BGH NJW 1998, 2286

⁷²⁰ BGH NJW 1979, 2150

⁷²¹ BGH WM 1979, 1153

⁷²² v. Gierke, JherJb 64, S. 360

⁷²³ BGH NJW 1985, 2474 (mit Anm. von Paulusch, EWiR 1985, 477), hier allerdings ohne eine zugrunde liegende, schuldrechtlich zeitlich befristete Bezugsverpflichtung; Martinek/Semler § 41, Rz. 30; Erman/Palm, § 138 Rz. 88 d

⁷²⁴ BGH NJW 1988, 2364 mit Anm. von Klaas, EWiR 1988, 465; BGH NJW 1988, 2362 mit Anm. von Medicus, EWiR 1988, 749; BGH NJW-RR 1989, 519; OLG Karlsruhe EuZW 1990, 102; Palandt-Bassenge, 63. Aufl., § 1018, Rz. 25; Bedenken gegen die Wirksamkeit einer Dienstbarkeit aus anderen Gründen, wie z. B. dem Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz bzw. wegen eines Verstoßes gegen Art. 81 EGV wurden insgesamt als unerheblich angesehen, BGH NJW 1998, 2286, BayObLG NJW-RR 1997, 912; OLG München v. 22. 9. 1994, 6 U 2018/94 (unveröffentlicht), OLG Nürnberg v. 21. 1. 1999, 2 U 2341/98 (unveröffentlicht).

Allerdings erkennt die Rechtsprechung für diese Fälle einen Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers auf die beschränkt persönliche Dienstbarkeit an, wenn die zu sichernde Bezugsverpflichtung die höchstzulässige Laufzeit überschritten hat und eine weiter laufende Bezugsverpflichtung sittenwidrig wäre⁷²⁵. Dem ist zuzustimmen. Diese Rechtsprechung entspricht weitgehend der Rechtsprechung zur Sicherungsgrundschuld, denn der Zweck der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit liegt in der Sicherung gerade der schuldrechtlich vereinbarten Bezugsverpflichtung⁷²⁶.

Zur weiteren Sicherheit des Abnehmers und Grundstückseigentümers ist daher zu empfehlen, die Grunddienstbarkeit in der Sicherungsabrede mit einer Befristung bzw. einer auflösenden Bedingung im Sinne des § 158 BGB an die schuldrechtliche Dauer der Bezugsbindung zu knüpfen. Dadurch kann der Bestand der Dienstbarkeit ohne weiteres Zutun des Lieferanten und Begünstigten von dem Bestand des kausal zugrunde liegenden Sukzessivlieferungsvertrages mit Bezugsverpflichtung abhängig gemacht werden. Umgekehrt kann die Grunddienstbarkeit aufrechterhalten werden, wenn die Parteien im Anschluss an eine erste Bezugsbindung eine erneute, langfristige Bezugsverpflichtung vereinbaren.

IV. Vertragsstrafen im Rahmen von Bezugsverpflichtungen

Auch die Aufnahme von Vertragsstrafenklauseln dient der Absicherung von Bezugsverpflichtungen oder Ausschließlichkeitsbindungen⁷²⁷. Gerade für die Unterlassungspflicht des Abnehmers, Konkurrenzwaren zu beziehen, ist die Vertragsstrafe häufig ein wirksameres Mittel als die Drohung mit Schadensersatz⁷²⁸. Ob im Einzelfall eine Vertragsstrafe oder ein pauschalierter Schadensersatz⁷²⁹ vorliegt, ist im Wege der Auslegung zu ermitteln. Vor dem Inkrafttreten des AGBG waren vorformulierte Vertragsstrafen grundsätzlich gebilligt worden⁷³⁰.

⁷²⁵ BGH NJW-RR 1989, 519; BGH NJW-RR 1992, 593; BGH DB 1998, 1507; MüKo/Mayer-Maly/Armbrüster, 4. Aufl., § 138 Rz. 75

⁷²⁶ BGH WM 1992, 951; BGH NJW 1998, 2286; Bülow, Kreditsicherheiten Rz. 174

⁷²⁷ BGH NJW-RR 1988, 41; Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 6, Rz. 33

⁷²⁸ MüKo-Basedow, 3. Aufl., § 11 Nr. 6, Rz. 15

⁷²⁹ Eine Pachtzinserhöhungsklausel ist nicht mit einer Vertragsstrafe zu verwechseln, BGH NJW 1990, 569; vgl. auch unter Kap. i.II.2.

⁷³⁰ BGH WM 1980, 1309

IV. 1. Vertragsstrafen und § 309 Nr. 6 BGB

Seit dem 1. 1. 1977 unterliegen Vertragsstrafenklauseln, die als allgemeine Geschäftsbedingung in den Vertrag eingeführt werden⁷³¹, der Wirksamkeitsprüfung nach dem AGB-Recht. Ein im Gesetzgebungsverfahren ursprünglich vorgesehenes Totalverbot vorformulierter Vertragsstrafen hat sich nicht durchgesetzt, so dass § 309 Nr. 6 BGB die Vertragsstrafe nur für die Fälle der Nichtabnahme der Leistungen, des Annahme- und Schuldnerverzugs, sowie der Lösung vom Vertrag untersagt⁷³².

Sofern seinerzeit ein Abnehmer kein Kaufmann im Sinne des § 24 I Nr. 1 AGBG a. F. war, konnte er für die vorgenannten Fälle nach dem Inkrafttreten des AGBG kein wirksames Vertragsstrafeversprechen durch eine vorformulierte Klausel abgeben, da dies dem Klauselverbot des heutigen § 309 Nr. 6 BGB widersprach⁷³³. Anders als bei § 8 AbzG a. F. kam es allerdings nicht darauf an, ob es sich um einen eingetragenen Kaufmann handelte, auch Minderkaufleute alter Prägung kamen nicht in den Genuss dieser Privilegierung⁷³⁴.

Insofern ist nach dem Inkrafttreten der §§ 13, 14 BGB mit der Unterscheidung in Verbraucher und Unternehmer keine wesentliche Neuerung eingetreten: Soweit der Abnehmer gewerblich handelt, und sei es nur kleingewerblich, tut er dies als Unternehmer, sofern der Sukzessivlieferungsvertrag zu seinem Gewerbe gehört. Daher kann er sich bei einer Vertragsstrafenklausel nicht auf § 309 Nr. 6 BGB berufen⁷³⁵. Ob § 309 Nr. 6 BGB auch greift, wenn der Abnehmer den Vertrag mit dieser Klausel vor Eröffnung seines Absatzgeschäfts und damit noch als Verbraucher abschließt, war seit längerer Zeit unklar⁷³⁶. Der neue § 310 I BGB hat diese offene Frage nicht entschieden, so dass weiter von einer ungeklärten Rechtslage auszugehen ist. Geht man allerdings von der im Verbraucherschutzrecht üblichen, im Zweifel zugunsten des Verbrauchers ausfallende Auslegung derartiger offener Fragen aus, darf man unterstellen, dass eine derartige AGB-Klausel nach § 309 Nr. 6 BGB unwirksam bleibt, auch wenn der Verbraucher später ein Gewerbetreibender wird⁷³⁷.

⁷³¹ BGH WM 1980, 1309

⁷³² Jauernig-Teichmann, § 309, Rz. 7; Fischer, S. 95

⁷³³ entspricht § 11 Nr. 6 AGBG a. F.; vgl. BGHZ 109, 314, mit Anm. von Stornel, EWiR 1990, 209; Fischer, S. 187

⁷³⁴ Palandt-Heinrichs, 50. Auflage, § 24 AGBG Rz. 11

⁷³⁵ Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 6, Rz. 17; daher spielt in diesem Zusammenhang die sonst maßgebliche Frage keine Rolle, ob eine vorformulierte Schadenspauschalierung (vgl. unter Kap. i II. 2.) nicht tatsächlich eine verdeckte Vertragsstrafenklausel darstellt, die in Verbrauchergeschäften gegen § 309 Nr. 6 BGB verstößt, vgl. BGH NJW 1975, 163; BGHZ 109, 314 mit Anm. Stornel, EWiR 1990, 209;

⁷³⁶ OLG Koblenz NJW 1987, 74 f.; OLG Düsseldorf EWiR 1996, 97 f.; OLG Oldenburg NJW-RR 1989, 1081 zu § 24 AGBG a. F.

⁷³⁷ Vergleichbar der Existenzgründungsproblematik in Kap. D II. 2. 1., D II 4.

IV. 2 Vertragsstrafen und § 307 BGB

Im gewerblichen Verkehr ist eine vorformulierte Vertragsstrafe grundsätzlich nicht unüblich und möglich, vgl. § 348 HGB. Sie ist in diesem Rechtskreis jedoch an § 307 BGB zu messen⁷³⁸. Hier ist insbesondere eine Vertragsstrafe für den Fall des Verstoßes gegen eine Ausschließlichkeitsbindung durch einen Fremdbezug des Abnehmers gerechtfertigt⁷³⁹. Die Höhe der Vertragsstrafe muss dabei angemessen begrenzt sein⁷⁴⁰. Das bedeutet, dass die Höhe der Vertragsstrafe nicht unlimitiert anwachsen darf und auch die maximale absolute Höhe der Vertragsstrafe im Verhältnis zur geschuldeten Leistung angemessen sein muss⁷⁴¹. Dabei ist ein vorformulierter Betrag von 25 % des zu zahlenden Tagespreises von der Rechtsprechung akzeptiert worden⁷⁴².

Die Höhe der Vertragsstrafe wird dabei nicht deswegen unangemessen, weil wiederholte Pflichtverletzungen zu einer klauselgemäßen Erhöhung der verwirkten Strafe führen⁷⁴³. Der uneingeschränkte Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs hält allerdings der Inhaltskontrolle nach § 307 II Nr. 1 BGB (§ 9 II Nr. 1 AGBG a. F.) nicht stand⁷⁴⁴. Unzulässig ist auch im kaufmännischen Verkehr die Kumulation von Schadensersatzpauschalen und Vertragsstrafen⁷⁴⁵.

Eine Vertragsstrafe für einen gewerblichen Abnehmer ist darüber hinaus nicht überraschend im Sinne des § 305 c I BGB. Denn der Lieferant selbst hat im Falle einer vorzeitigen Tilgung des als Gegenleistung gegebenen Darlehens ein Interesse daran, die Bezugsverpflichtung aufrecht zu erhalten. Hierfür benötigt er ein wirksames Sanktionsinstrument wie etwa die Vertragsstrafe⁷⁴⁶.

Die Vertragsstrafe kann auch für den Fall vereinbart werden, dass es der Abnehmer entgegen einer entsprechenden Verpflichtung versäumt, die Bezugsverpflichtung auf einen Rechtsnachfolger zu übertragen. Allerdings bedarf es hier wie bei anderen

⁷³⁸ BGH WM 1980, 1311; BGH NJW 1993, 66; Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 6, Rz. 33 f., § 9 Rz. B 109; Bayreuther, S. 546; beispielsweise war eine Klausel auch nach § 9 AGBG a. F. unwirksam, die bei einer Vertragsverletzung ohne Ansehung des Gewichts der Verletzung griff, vgl. LG Berlin NJW-RR 1990, 821

⁷³⁹ BGH WM 1980, 1309; Wolf/Horn/Lindacher § 9 Rz. B 109

⁷⁴⁰ BGHZ 119, 283 mit Anm. von Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101; BGH LM § 138 (Bc) Nr. 16; zur Notwendigkeit der Begrenzung von Vertragsstrafenklauseln in Bauverträgen „nach oben“ BGH ZIP 1989, 243; BGH WM 1989, 1389; MüKo-Basedow § 11 Nr. 6, Rz. 15

⁷⁴¹ BGH NJW 1998, 2600; Jauernig-Teichmann § 309 Rz. 7; Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 6, Rz. 37

⁷⁴² BGH WM 1977, 641; zur Notwendigkeit, Vertragsstrafen der Höhe nach zu begrenzen BGH ZIP 1989, 243; BGH ZIP 1989, 1066

⁷⁴³ BGH ZIP 1993, 703 mit Anm. von Oellers, EWiR 1993, 421, zu einem Handelsvertretervertrag

⁷⁴⁴ BGH ZIP 1993, 292 mit Anm. von Oellers, EWiR 1993, 211; Ulmer/Brandner/Hensen § 11 Nr. 6, Rz. 18

⁷⁴⁵ BGH ZIP 1984, 841; BGH NJW 1992, 1096; OLG Düsseldorf BB 1994, 1739 f.; MüKo-Basedow, § 11 Nr. 6, Rz. 19; Wolf/Horn/Lindacher § 11 Nr. 6, Rz. 34

⁷⁴⁶ OLG Düsseldorf vom 18. 2. 1994, 16 U 91/93

Pflichtverletzungen eines Verschuldens⁷⁴⁷, weil auf dieses Erfordernis nicht formularmäßig entgegen § 276 BGB verzichtet werden kann, § 307 II Nr. 1 BGB (§ 9 II Nr. 1 AGBG).

Hält eine Vertragsstrafenklausel der Inhaltskontrolle nicht stand, so ist sie insgesamt unwirksam. Eine Herabsetzung einer unzulässig hohen Vertragsstrafe auf eine angemessene Höhe entsprechend § 343 BGB ist bei vorformulierten Vertragsstrafeklauseln nicht möglich⁷⁴⁸.

V. Zusammenfassung

Das Interesse des Lieferanten an einer Absicherung zielt nicht nur auf die offenen Geldforderungen, sondern auch auf den Schutz der Abnahmeverpflichtung des Kunden ab. Darauf muss insbesondere die Sicherungsabrede Rücksicht nehmen, um den Umfang der zu sichernden Forderungen zulässig zu bestimmen. Außer den Besonderheiten bei der Bürgschaft sind hierzu auch vorformulierte Erstreckungsklauseln grundsätzlich möglich.

Ist der Lieferant übersichert, hat der Sicherungsgeber und Abnehmer prinzipiell einen entsprechenden Freigabeanspruch gegen den Lieferanten.

Bei Bürgschaften muss die Rechtsprechung zu den nur noch begrenzten Möglichkeiten, Familienangehörige in die Mithaftung zu nehmen, beachtet werden. Umfassende, unbegrenzte Bürgschaften von vermögenslosen Familienmitgliedern fallen in der Regel dem Verdikt des § 138 BGB anheim. Diese absolute Rechtsfolge kann jedoch bei Familienangehörigen ausbleiben, die selbst unternehmerisch in der Absatzstätte, insbesondere als Geschäftsführer, mitarbeiten. Auch der Schutz des Lieferanten vor innerfamiliären Vermögensverschiebungen kann zur Zulässigkeit einer Familienbürgschaft führen, wenn dies in der Abrede zum Ausdruck kommt. Verbraucherschützende Widerrufsmöglichkeiten des Bürgen nach den §§ 355, 491 I, 505 existieren nicht. Eine Widerrufsmöglichkeit nach § 355, 312 BGB wird wegen des unternehmerischen Charakters der Hauptverbindlichkeit allenfalls im Ausnahmefall in Betracht kommen.

Bei den Realsicherheiten spielen für die hier behandelten Verträge neben den üblichen, hier nicht näher betrachteten banküblichen Sicherheiten insbesondere das Inventar der Absatzstätte sowie die Grunddienstbarkeit eine Rolle.

⁷⁴⁷ Vgl. BGHZ 114, 238 mit Anm. von Köndgen, EWiR 1991, 627; BGH NJW 1992, 1358; OLG Schleswig vom 7. 1. 2000, 11 U 204/98

⁷⁴⁸ BGHZ 85, 305; BGH DB 1990, 1323 trotz § 306 II BGB (§ 6 II AGBG a. F.)

Bezüglich des Inventars muss bei der Wertberechnung wegen einer möglichen Übersicherung des Lieferanten der rasante Wertverlust dieser Gegenstände vor allem in der ersten Zeit nach der Anschaffung beachtet werden. Die relativ schwache Inventarsicherheit ist auch bei der Beurteilung der Ausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, und damit auch für die Laufzeit, von Bedeutung.

Mit der Grunddienstbarkeit kann das Bezugsrecht effektiv gesichert werden, nicht aber eine evtl. Geldforderung. Auf Grund des sachenrechtlichen Abstraktionsgrundsatzes muss sie nicht die gleiche Laufzeit wie die zugrunde liegende schuldrechtliche Bezugsverpflichtung aufweisen. Auch wird sie nicht mit deren Auslaufen eo ipso unwirksam; die Grunddienstbarkeit bleibt davon prinzipiell unberührt und kann längere Laufzeiten aufweisen. Allerdings hat der Grundstückseigentümer einen Freigabeanspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten, wenn der Grund für die Dienstbarkeit nicht mehr besteht.

Eine andere Möglichkeit, die Bezugsverpflichtung zwar nicht auf Grund einer Sicherheit, sondern mit einer vertraglichen Abrede abzusichern, ist die Vertragsstrafe. Im gewerblichen Bereich ist sie auch als vorformulierte Klausel möglich und durchsetzbar, soweit der Vertragspartner von ihr nicht unangemessen benachteiligt wird.

G. Möglichkeiten der Vertragsanpassung

Langfristige Verträge behalten grundsätzlich auch im Vertriebsbereich ihre Gültigkeit unabhängig von ihrer zulässigen Laufzeit. Das alte Wort „pacta sunt servanda“ ist nach wie vor maßgeblich⁷⁴⁹. Selbst wenn sich im Laufe eines Vertragslebens einzelne Umstände wie z. B. die Nachfrage des Publikums an den verpflichteten Waren wandelt oder sich die Verkehrssitten weiter entwickeln, bleibt der Vertrag in seiner abgeschlossenen Form gültig⁷⁵⁰.

Dennoch sind insbesondere bei langfristigen Verträgen Änderungen von Rahmenbedingungen im Laufe der Zeit denkbar, die einen wesentlichen Einfluss auf die Vertragsdurchführung haben können, und die von den Vertragsparteien beim Vertragsabschluss nicht bedacht worden sind. Können langfristige Verträge an geänderte Umstände angepasst werden, und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen geht das? In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Lehre von dem Wegfall der Geschäftsgrundlage von Bedeutung, auf die zuerst eingegangen wird. Außerdem können die Parteien bereits vertraglich Anpassungsregeln vorgesehen haben, deren Zulässigkeit und Reichweite ebenfalls zu prüfen sind.

I. Wegfall der Geschäftsgrundlage oder Verwirklichung eines einseitig zu verantwortenden Risikos?

Die Lehre von der Störung bzw. dem Wegfall der Geschäftsgrundlage ist im Vertriebsbereich stark von der Diskussion über ein außerordentliches Kündigungsrecht überlagert worden⁷⁵¹. Tatsächlich kommt ihr eine besondere Bedeutung zu, da Umstellungen oder Anpassungen eines Vertrages an veränderte Umstände häufig eine viel angemessenere Lösung sind, als die den Vertrag beendende außerordentliche Kündigung. So können auch minderschwere Beeinträchtigungen des Vertragsverhältnisses unter Aufrechterhaltung des Vertrages und Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Vertragsparteien beseitigt werden⁷⁵². Insofern ist die Vertragsanpassung, die den Vertrag grundsätzlich aufrechterhält, der Vertragsbeendigung vorzuziehen.

⁷⁴⁹ Vgl. Haarmann, S. 40 ff., 46; Yushkova/Stolz JA 2003, 70 auch zum neuen Schuldrecht; zur Rückführung zu langer und damit sittenwidriger Laufzeiten entsprechend § 139 BGB vgl. E. III.1.1.

⁷⁵⁰ BGH NJW 1985, 2524; Lörcher DB 1996, 1269

⁷⁵¹ Martinek/Semler, § 9, Rz. 48; Oetker, S. 421, hält die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage gar von dem Recht zur Kündigung größtenteils verdrängt; vgl. zur außerordentlichen Kündigung Kap. H II

⁷⁵² Gitter, S. 504 f.

I. 1. Die Rechtslage bis zur Schuldrechtsreform

Vor der Einführung des BGB im Jahre 1900 wurde im gemeinen Recht die Meinung vertreten, dass jeder Vertrag den Gedanken der „*clausula rebus sic stantibus*“ enthielte, auch wenn er nicht ausdrücklich im Vertrag erwähnt war. Alle Verträge sollten also stillschweigend davon abhängen, dass sich die für das Geschäft maßgeblichen Verhältnisse nicht ändern, anderenfalls könnte die betroffene Partei zurücktreten⁷⁵³. Dieser Gedanke der „*clausula rebus sic stantibus*“ ist jedoch weder bei der Entstehung des BGB in das deutsche Zivilrecht eingegangen, noch hat es sich später zu einem allgemeinen Rechtsprinzip entwickeln können⁷⁵⁴. Vielmehr war man zunächst der Meinung, mit der Irrtumslehre des § 119 BGB eine adäquate Lösung für die Fälle gefunden zu haben, in denen falsche Vorstellungen zum Vertragsschluss führten⁷⁵⁵. Auch die ergänzende Vertragsauslegung und die Grundsätze über eine nicht zu vertretende Unmöglichkeit wurden als Lösungsansätze für unvorhergesehene Ereignisse angeführt. Dennoch wurde es nach Einführung des BGBs im Verlaufe der Entwicklung erforderlich, auf wesentliche Äquivalenzstörungen in gegenseitigen Verträgen zu reagieren. Auch bei einem langfristigen Bezugsvertrag könnte im Ausnahmefall ein Abänderungsanspruch, der der außerordentlichen Kündigung vorzuziehen⁷⁵⁶ ist, vorliegen. Insofern ist die Lehre von der Geschäftsgrundlage auch für die hier behandelten Verträge von großer Bedeutung⁷⁵⁷.

Nachdem der 1. Weltkrieg und die darauf folgende Inflation zahlreiche Schuldverhältnisse in seinen Grundfesten erschüttert hatte, entwickelte das RG in den 20er Jahren des letzten Jahrhunderts einen Anspruch auf Abänderung von Schuldverhältnissen. Ausgangspunkt hierfür war die „Geschäftsgrundlage“ eines Vertrages. Diese Geschäftsgrundlage bildete seither den Angelpunkt für eine Berücksichtigung veränderter Verhältnisse im Rahmen eines langfristigen Vertrages⁷⁵⁸.

⁷⁵³ Leetz, S. 6, der schon damals auf den Missbrauch dieser Lehre hinwies und entsprechende Beschränkungen forderte; kodifiziert wurde die „*clausula rebus sic stantibus*“ im preußischen ALR I, 5 §§ 377 ff.

⁷⁵⁴ Allg. Meinung seit RGZ 50, 257; nach dem 2. Weltkrieg zuerst von BGHZ 2, 176 ff. bestätigt

⁷⁵⁵ Vgl. Fikentscher, Geschäftsgrundlage, S. 4; Bernstein, S. 76 f.; Leetz, S. 12

⁷⁵⁶ Palandt-Heinrichs, 50. Auf., § 242, Rz. 120; Horn, S. 579; a. A. Oetker, S. 420, nach dem die Kündigung als gleichwertig neben einer Anpassung einzustufen sei

⁷⁵⁷ Martinek, Rz. 136;

⁷⁵⁸ Basierend auf Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, 1921; so RGZ 103, 332; vorhergehende Versuche, dieses Phänomen über eine wirtschaftliche Unmöglichkeit, RGZ 102, 273, oder doch über die Wiederbelebung der Lehre der *clausula rebus sic stantibus*, RGZ 100, 130, zu lösen, wurden schnell aufgegeben. Die Trennung beider Rechtsinstitute erscheint jedoch gekünstelt. Auf den zutreffenden Zusammenhang der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage mit der der *Clausula rebus sic stantibus* verweist zu Recht Oetker, S. 418.

Drei Voraussetzungen sind für eine Vertragsanpassung entsprechend der Lehre zum Wegfall der Geschäftsgrundlage erforderlich⁷⁵⁹:

- Die wesentlichen, veränderten Umstände dürfen nicht der Risikosphäre nur einer Partei zuzurechnen sein
- Die Vertragsparteien müssen diese wesentlichen Umstände ausdrücklich zur Geschäftsgrundlage erhoben haben
- Außerdem setzt der Abänderungsanspruch voraus, dass ein weiteres Festhalten an dem Vertrag ausnahmsweise zu einem unzumutbaren, mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbaren Ergebnis führt⁷⁶⁰.

Hauptsächlich haben sich für die Anwendung dieser Grundsätze die Fälle der Zweckstörung und vor allem der Äquivalenzstörungen herausgebildet⁷⁶¹. Daneben werden gelegentlich hierzu auch die Fälle eines beiderseitigen Irrtums als so genannte subjektive Geschäftsgrundlage gezählt⁷⁶², wobei die Rechtsprechung die einzelnen Begriffe eher vage benutzt und eine klare Zuordnung nicht erkennbar ist⁷⁶³.

In der Praxis kam es häufig dazu, dass Abnehmer mit Hilfe der Rechtsfigur des Wegfalls der Geschäftsgrundlage versuchten, sich mit einem Hinweis auf veränderte Umstände andere, nämlich für sie verbesserte Vertragskonditionen zu erstreiten oder sich gar ganz des Vertrages zu entledigen. Für den Bereich der hier zu behandelnden Sukzessivlieferungsverträge war daher vor allem die Aufteilung der Risikosphären der beteiligten Parteien anhand folgender Fragen zu untersuchen, bevor die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage zum Zuge kam⁷⁶⁴: In wessen Risikobereich gehört z. B. der Bestand des Pachtvertrages für das Absatzgeschäft, in dem der Abnehmer die bezugsverpflichteten Waren vertreibt? Konnte die Laufzeit eines langfristigen Sukzessivlieferungsvertrages entsprechend verkürzt werden, wenn die Laufzeit des Pachtvertrages vorzeitig endet?

Hier kam es auf das Tatbestandsmerkmal der „Unzumutbarkeit“ an, das ein wesentliches Element der Beurteilung war, ob eine untragbare Änderung der Geschäftsgrundlage stattgefunden hatte⁷⁶⁵, auch wenn ihm teilweise nur eine eingrenzende Funktion zugewiesen wurde⁷⁶⁶. Denn jeder langfristige Vertrag blieb in einer sich immer ändernden Welt bestehen. Grundsätzlich mussten also die „normalen“ Änderungen zumutbar sein. Welche Änderungen allerdings so

⁷⁵⁹ Palandt-Heinrichs, 50. Aufl., § 242, Rz. 125-129; Horn, S. 577

⁷⁶⁰ BGH DB 1958, 926; BGH 1965, 1553; BGH BB 1973, 445; BGH NJW 1977, 2263; BGH NJW 1985, 314; BGH NJW-RR 1995, 1360

⁷⁶¹ Görk, S. 22 f., Horn, S. 577; Hentschel, S. 225; Yushkova/Stolz JA 2003, 72 f.

⁷⁶² Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 17 ff., 47 f.

⁷⁶³ Vgl. BGHZ 25, 292; BGHZ 47, 51; BGH NJW 1972, 152 f.; BGHZ 123, 82;

⁷⁶⁴ Klaas, AnwBl 1986, 217; Armbrüster/Wiese DStR 2003, 341

⁷⁶⁵ RGZ 107, 127 f.; Haarmann, S. 48; Görk, S. 18

⁷⁶⁶ Palandt-Heinrichs, 50. Aufl., § 242, Rz. 129

ausschlaggebend waren, dass eine Abweichung vom ursprünglichen Vertragsinhalt erfolgen konnte, richtete sich daher danach, was der Partei, die davon betroffen war, (noch) zumutbar war. Es ging mit anderen Worten darum, welche Risiken eine Partei, die sich im Laufe eines Vertrages ergeben konnten, akzeptieren musste, und welche nicht. Dazu hätten die Parteien besondere Regelungen für Einzelfälle treffen können, die bestimmte Risiken von vorneherein zuteilen⁷⁶⁷. Das war bei besonders risikobehafteten Verträgen auch üblich⁷⁶⁸. Fehlten konkrete Anhaltspunkte im Vertrag, musste die sich aus dem jeweiligen Vertrag ergebende vertragstypische Risikoverteilung als Grundlage dienen. So hatte ein Sachschuldner das Beschaffungsrisiko tragen. Auch die Einordnung zu einem entsprechenden Vertragstyp konnte dazu dienen, die jeweiligen Sphären zu bestimmen, in denen jede Partei ihre Risiken tragen musste. Dieser Ansatz wurde dem Grundsatz der Privatautonomie der Parteien am ehesten gerecht⁷⁶⁹, nämlich selbst darüber zu entscheiden, welche Risiken man einzugehen bereit war. Erst dann stellte sich die Frage, ob ein Risiko ursprünglich für eine Partei nicht erkennbar war. Dadurch konnten den Parteien auch Risiken zugeordnet werden, die sich außerhalb ihres Einflussbereichs befanden. Allerdings bedeutete nur die reine Vorhersehbarkeit eines möglichen, evtl. nur vage bestimmten Risikos nicht, dass die Partei auch willens war, dieses Risiko zu tragen. Auch hier kam es, sofern eine vertragliche Zuordnung fehlte, auf die vertragstypische Risikoaufteilung an.

Für die hier behandelten Verträge haben sich im Zusammenhang mit der Geschäftsgrundlage in der Praxis zwei Schwerpunkte ergeben: Die Laufzeit des Pachtvertrages für ein gebundenes Absatzgeschäft gehört grundsätzlich zum Risikobereich des Pächters und Abnehmers⁷⁷⁰. Es ist aus der Logik des Tatbestandes eines Wegfalls bzw. einer Störung der Geschäftsgrundlage nur folgerichtig. Denn der Lieferant hat darauf grundsätzlich keinen Einfluss, sofern im Vertrag nichts Gegenteiliges geregelt ist⁷⁷¹. Das ist selbst dann der Fall, wenn der Lieferant den Pachtvertragsinhalt oder die sonstigen Rechtsverhältnisse kennt, da der Abnehmer und Pächter die Laufzeit seines Pachtvertrages einhalten und diese mit der Bezugsdauer aus dem Sukzessivlieferungsvertrag synchronisieren muss. Der Käufer und damit der Abnehmer trägt das Weiterverwendungsrisiko der gekauften Waren. Auch bei einem langfristigen Sukzessivlieferungsvertrag ist das nicht anders. Ebenso ist eine Risikoverteilung zu Lasten des Abnehmers vorzunehmen, wenn er die öffentlich-rechtliche Konzession für sein Absatzobjekt verliert⁷⁷².

⁷⁶⁷ Vgl. z. B. § 2 Nr. 1, 3 VOB/B für unerwartete Preissteigerungen in Bauprojekten; Bartsch CR 2001, 650 empfiehlt dies

⁷⁶⁸ BGHZ 74, 374; vgl. BGH WM 2003, 2415

⁷⁶⁹ So etwa Fikentscher, S. 67; Medicus Rz. 165 a; Görk, S. 19; Haarmann, S. 74, spricht von „Interessenabwägung“, ebenso Baier, NZG 2004, 356 und Eusani, ZMR 2003, 474 f., der damit aber wirtschaftliche Interessen verbindet und nicht nach rechtlichen Kriterien differenziert; vgl. auch § 309 II Nr. 2 BGB, der von der „Natur des Vertrages“ spricht

⁷⁷⁰ BGH MDR 1962, 979; BGH WM 1971, 243; BGH WM 1977, 112, wenn auch mit Bedenken; BGH NJW 1985, 2693; OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999 (1 U 42/99)

⁷⁷¹ BGH NJW 1985, 2693 mit Anm. von Bunte, EWIR 1985, 137

⁷⁷² Medicus Rz. 165 b; a. A. Kraemer, WuM 2001, 166

Gleiches gilt, wenn bei einem Sukzessivlieferungsverhältnis mit einer Bezugsverpflichtung die Absatz- oder Rentabilitätserwartungen des Abnehmers nicht erfüllt werden. Dieses Risiko trägt der Abnehmer als selbständiger Unternehmer allein⁷⁷³. Etwas anderes kann allerdings dann anzunehmen sein, wenn die Vertragsparteien ihrer Vereinbarung eine gemeinsame Absatz- oder Rentabilitätserwartung zugrunde gelegt und sich beide Parteien in diesen Erwartungen getäuscht haben. Hier kann eine Anpassung des Vertrages nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt sein⁷⁷⁴.

Wenn sich im Einzelfall eine derart beachtliche Änderung der Geschäftsgrundlage ergibt, stellt sich die Frage, wie diese in den Vertrag einfließt. Hierzu wird die Meinung vertreten, eine Änderung des Vertrages auf Grund des Wegfalls der Geschäftsgrundlage trete eo ipso ein, was ein Richter im Prozess lediglich festzustellen habe⁷⁷⁵. Dem ist nicht zuzustimmen. Denn wenn eine Folge der Störung der Geschäftsgrundlage sein konnte, den Vertrag zu kündigen - was unzweifelhaft eine entsprechende Erklärung voraussetzt - dann bedarf es zur Anpassung des Vertrages parallel dazu ein entsprechendes Änderungsbegehren des Betroffenen. Der Vertrag entsprang ursprünglich der Privatautonomie der Parteien, daher ist es angemessen, dass sich die Partei, die sich auf dieses Instrument beruft, dazu willentlich entschließt, ihren Willen also entsprechend kundtut. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass das Institut der Geschäftsgrundlage nur ein nachrangiger, subsidiärer Rechtsbehelf ist. So lange es nicht ausgeübt wird, sind die bisherigen Vertragsklauseln unter dem Stichwort „pacta sunt servanda“ weiter maßgeblich. Insofern ist es konsequent, auch hier eine entsprechende Erklärung als Einrede zu fordern⁷⁷⁶. Dementsprechend können sich die Rechtsfolgen der erfolgreichen Einrede des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nur für die Zukunft, ex nunc, ergeben⁷⁷⁷. Eine rückwirkende Änderung der Vertragsverhältnisse, wie zum Teil gefordert, ist insbesondere bei Dauerschuldverhältnissen nicht sinnvoll⁷⁷⁸.

I. 2. Die Rechtslage nach der Schuldrechtsreform 2002

Die bisherige Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage beruhte letztendlich auf § 242 BGB als Rechtsgrundlage⁷⁷⁹. Das neue Schuldrecht hat das

⁷⁷³ Vgl. BGH NJW 1971, 1034; BGH WM 1990, 1198; OLG Düsseldorf, OLGR Düsseldorf 2004, 243 f.; Klaas, AnwBl 1986, 217

⁷⁷⁴ Vgl. BGHZ 109, 314 mit Anm. Stornel, EWiR 1990, 209; OLG Nürnberg, zitiert bei Bühler BB 1994, 663 f.; vgl. zur Beweislast zu Lasten des Pächters/Abnehmers Gruber NZM 1999, 1075

⁷⁷⁵ BGH NJW 1972, 152 f.; Palandt-Heinrichs, 50. Aufl., § 242, Rz. 130; für das neue Recht wohl auch Yushkova/Stolz JA 2003, 72

⁷⁷⁶ Oertmann, S. 155; Horn, S. 579

⁷⁷⁷ Haarmann, S. 102; nur teilweise Leetz, S. 57

⁷⁷⁸ Das hat der Gesetzgeber mit dem § 313 III 2 BGB, wonach bei Dauerschuldverhältnissen die Kündigung für die Zukunft anstelle eines Rücktritts auszuüben ist, ebenso gesehen.

⁷⁷⁹ Bartsch CR 2001, 650; Yushkova/Stolz JA 2003, 71

aus der oben skizzierten Rechtsprechung entwickelte Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nun in § 313 BGB kodifiziert. Materielle Rechtsänderungen sollten damit nicht verbunden sein⁷⁸⁰. Insbesondere das hier maßgebliche, oben dargestellte Tatbestandsmerkmal der Unzumutbarkeit ist nunmehr normativ in § 313 I a. E. als Prüfungsmaßstab⁷⁸¹ aufgenommen worden, so dass die Untersuchung nach den Risikosphären auch unter dem neuen Schuldrecht stattfinden muss⁷⁸². Auch die Subsidiarität dieses Rechtsbehelfs gegenüber anderen gesetzlichen Sonderregelungen bleibt erhalten⁷⁸³.

Dennoch ergeben sich Unklarheiten zwischen dem neuen § 313 BGB und dem ebenfalls für Dauerschuldverhältnisse neu eingefügten § 314 BGB, durch den generell bei Dauerschuldverhältnissen Kündigungen aus wichtigem Grund ermöglicht werden⁷⁸⁴. § 313 III BGB sieht bei einer unzumutbaren Störung der Geschäftsgrundlage zunächst den Versuch einer Vertragsanpassung vor, bevor eine Kündigung ausgesprochen wird. Umgekehrt enthält § 313 III 2 BGB bei einer Kündigung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage - anders als bei § 314 BGB - keine angemessene Reaktionsfrist, die vor den Ausspruch der Kündigung zu setzen wäre. Worin liegt dieser Unterschied begründet?

Die hier angesprochene Differenz stellt nur auf den ersten Blick einen Widerspruch dar. Anders als bei einer Kündigung wegen einer Pflichtverletzung, auf Grund deren eine außerordentliche Kündigung nach § 314 BGB in Frage kommt, ergibt sich das Kündigungsrecht aus § 313 III 2 BGB aus einer unverschuldeten, nicht in den Risikobereich nur einer Partei fallenden Veränderung der Geschäftsgrundlage. Insofern wäre es hier fehl am Platze, eine Reaktionsfrist etwa in Form einer Abmahnung verlangen zu wollen, wie es § 314 II BGB vorsieht.

Anstelle einer Abmahnung muss im Falle des § 313 BGB die Möglichkeit einer zumutbaren Vertragsanpassung geprüft werden, bevor eine Kündigung nach § 313 III 2 BGB ausgesprochen wird. Insofern löst sich der vermeintliche Widerspruch zwischen den §§ 313 BGB und 314 BGB auf: Kommt in beiden Fällen eine Kündigung in Betracht, muss dem Vertragspartner jeweils eine angemessene Reaktionszeit eingeräumt werden, im Falle des § 314 BGB durch eine Abmahnung, im Falle des § 313 BGB durch den Versuch einer Vertragsanpassung. Damit wird dem Vorrang des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ Rechnung getragen. Dieser räumt auch bei langfristigen Sukzessivlieferungsverträgen dem Bestand des Vertrages den Vorrang gegenüber der Auflösung des Vertrags ein⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Obgleich es in der Gesetzesüberschrift statt „Wegfall“ nun nur noch „Störung der Geschäftsgrundlage“ heißt. Vgl. hierzu BT-Drucksache 14/6040, S. 179; Emmerich NZM 2002, 365; Mattheus JuS 2002, 218; Yushkova/Stolz JA 2003, 74; zweifelnd Zimmer, NJW 2002, 11

⁷⁸¹ Baier, NZG 2004, 356

⁷⁸² Eusani, ZMR 2003, 474

⁷⁸³ Jauernig-Vollkommer § 313, Rz. 29; Yushkova/Stolz, JA 2003, 71

⁷⁸⁴ Vgl. zur Beendigung von Sukzessivlieferungsverträgen auch unter dem neuen Recht Kap. H II

⁷⁸⁵ Hentschel, S. 227; Mattheus JuS 2002, 218; Schulze/Ebers, JuS 2004, 266; BT-Drucksache 14/6040, S. 177

Insbesondere für Dauerschuldverhältnisse kommt als Instrument daher eine Änderungskündigung in Betracht: Demjenigen, der einen Vertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kündigen will, ist zu raten, vor einer Beendigungskündigung eine fristgebundene Änderungskündigung auszusprechen, verbunden mit dem Angebot, das Vertragsverhältnis zu geänderten Konditionen fortzusetzen⁷⁸⁶. Damit dokumentiert der Kündigungswillige die in § 313 BGB vorgesehene Priorisierung einer Vertragsanpassung. Allerdings ist bei einer Anpassung darüber hinaus das Ausmaß von Leistung und Gegenleistung zu beachten, um nicht im Gegenzug erneut Äquivalenzstörungen zu verursachen⁷⁸⁷.

Auch die neue, ab dem 1. 1. 2002 gültige Fassung des BGB konnte für sich eine wesentliche Änderung der Geschäftsgrundlage für die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden Dauerschuldverhältnisse bedeuten. War mit der Schuldrechtsreform selbst eine wesentliche Störung der Geschäftsgrundlage dieser Dauerschuldverhältnisse verbunden? Art. 229 § 5 S. 2. EGBGB hat daher für diese Vertragsverhältnisse eine Anpassungsfrist von einem Jahr vorgesehen. Das neue Schuldrecht hat seine Wirkung für Dauerschuldverhältnisse aus diesem Grund endgültig erst ab dem 1. 1. 2003 entfaltet. Umgekehrt wird man mit Art. 229 § 5 S. 2. EGBGB argumentieren können, dass das neue Schuldrecht auf jeden Fall keine derart starke Veränderung und damit einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bedeutet, dass aus diesem Anlass ein bestehender langfristiger Vertrag hätte beendet werden können.

I. 3. Stellungnahme

Der Gesetzgeber hat bei dem neuen § 313 BGB in der Überschrift den Begriff des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ in „Störung der Geschäftsgrundlage“ ausgetauscht. Im Rahmen der Schuldrechtsreform hat er damit vielleicht unbewusst etwas in Gang gesetzt, was mit der Neufassung des § 313 BGB nicht beabsichtigt war: eine Änderung oder gar Abkehr von dem Ausnahmecharakter des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, die ja mit der Reform nicht verbunden sein sollte⁷⁸⁸. Dennoch gibt es Erwartungen oder Befürchtungen, dass sich diese Lehre noch weiter von ihrem ursprünglichen Ausnahmecharakter wegbewegt und zu einem alltäglichen

⁷⁸⁶ Haarmann, S. 167; Hentschel, S. 242, die eine „Gestaltungserklärung“ zur Vertragsanpassung fordert; v. Hase, NJW 2002, 2278 f.; MüKo-Roth § 242 Rz. 691; Kießling/Becker WM 2002, 581/7 nennen die Gestaltungserklärung Teilkündigung bzw. als Änderungskündigung, und dürften damit dem § 313 III S. 2 BGB am ehesten entsprechen; Wieser, JZ 2004, 655 setzt eine Klage auf Abänderung des Vertrages mit einem konkreten Änderungsantrag voraus, so auch bereits Bernstein, S. 127; Yushkova/Stolz befürworten ohne Begründung eine Verpflichtung zur Nachverhandlung, JA 2003, 72;

⁷⁸⁷ Kießling/Becker WM 2002, 582

⁷⁸⁸ BT-Drucksache 14/6040, 179

Instrument der Korrektur von unterschiedlich begründeten Zweckstörungen instrumentalisieren lässt⁷⁸⁹. Damit könnte die ursprünglich nicht in das BGB aufgenommene Lehre der „*clausula rebus sic stantibus*“ de facto doch wieder über die Schuldrechtsmodernisierung in das deutsche Zivilrecht gelangen⁷⁹⁰. Dies gilt erst recht, wenn der § 313 BGB neben dem des § 275 II BGB nebeneinander betrachtet werden.

Was jedoch zu derartigen Befürchtungen insgesamt Anlass geben mag⁷⁹¹, dürfte mit Blick auf den Willen des Gesetzgebers schnell zu klären sein: § 275 II BGB soll sich auf die Fälle der in der Praxis raren faktischen Unmöglichkeitssgründe beschränken, während sich § 313 auf die der Äquivalenzstörungen bezieht⁷⁹². Allerdings ist es erforderlich, hierfür festzustellen, dass § 275 II BGB den Schuldner nur dann von der Leistung frei werden lässt, wenn diese nicht nur wirtschaftlich, sondern auch praktisch unmöglich geworden ist⁷⁹³.

Nach der Schuldrechtsmodernisierung wird man daher weiterhin die Fälle der Störung einer Geschäftsgrundlage nur als Ausnahmefall ansehen⁷⁹⁴. Die teilweise vage formulierten Tatbestandsmerkmale sind kein Argument dafür, den Anwendungsbereich des § 313 BGB auf alle möglichen Fälle zu erweitern, bei denen enttäuschte Erwartungen eines Vertragspartners eine Rolle spielen. Sie sind auch kein Grund, eine allgemeine Billigkeitsrechtsprechung einzuleiten. Die mangelnde Präzision der Begriffe ist bedauerlich, ergibt sich aber aus der Natur der Sache. Die Anwendung dieses Rechtsinstituts bedeutet letztlich rechtliches Krisenmanagement am Vertrag. Da aber ein solches Krisenmanagement nur selten gebraucht wird, bleibt es daher auch unter dem neuen Schuldrecht bei dem Prinzip des „*pacta sunt servanda*“⁷⁹⁵.

II. Vertragliche Anpassungsklauseln im Spiegel der Rechtsprechung

Die vorgenannten Regeln des Wegfalls oder der Störung der Geschäftsgrundlage sind nicht direkt anwendbar, wenn die Parteien eine Anpassungsklausel in den Vertrag mit aufgenommen haben⁷⁹⁶. Danach kann eine Äquivalenzstörung während der Vertragslaufzeit in erster Linie nicht mehr nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage geregelt werden, da der Vertrag nach dem Willen der

⁷⁸⁹ Eusani ZMR 2003, 480; Emmerich, NZM 2002, 365; Bartsch CR 2001, 650; ebenso mit Blick auf § 275 II BGB Zimmer, NJW 2002, 3

⁷⁹⁰ Jauernig-Vollkommer § 313 Rz. 2

⁷⁹¹ Zimmer NJW 2002, 11 f.

⁷⁹² BT-Drucksache 14/6040, S. 129 f., 174 ff.; Emmerich NZM 2002, 365; Mattheus JuS 2002, 214

⁷⁹³ Emmerich, NZM 2002, 365

⁷⁹⁴ Mattheus JuS 2002, 218 nennt es „Notbehelf“; vgl. Oetker, S. 420; Klaas AnwBl 1986, 216

⁷⁹⁵ Yushkova/Stolz JA 2003, 70

⁷⁹⁶ BGH DB 1990, 1510

Parteien eigene Regeln für die Behandlung von derartigen Vertragsstörungen enthält. Diese Regeln lassen sich zudem durch Auslegung oder ergänzende Vertragsauslegung ermitteln⁷⁹⁷. Vertragliche Bestimmungen hierzu können individuell oder als allgemeine Geschäftsbedingung vereinbart sein.

Bei einem Bezugsvertrag wird eine individuelle Grundlage meist in der zu erwartenden Absatzmenge des verpflichteten Objekts zu finden sein. Der wirtschaftliche Erfolg des Abnehmers hängt von den von ihm zu erzielenden Ab- und Umsätzen ab. Die Folgen des sich daraus für ihn als selbständigen Unternehmer ergebenden unternehmerischen Risikos hat er selbst zu tragen. Anders ist es jedoch zu beurteilen, wenn die Parteien z. B. einen bestimmten Mindestabsatz einvernehmlich zur Grundlage des Vertrages gemacht haben, und sich vertraglich verpflichtet haben, entsprechende Anpassungen vorzunehmen, wenn die gemeinsame Vertragsprognose nicht zutrifft⁷⁹⁸. So können etwa bei einem Minderabsatz Rabatte bei den Warenpreisen wegfallen. Hier erfolgt also eine Anpassung über den Warenpreis. Auch ist denkbar, dass sich die Konditionen eines als Gegenleistung gewährten Darlehens verschlechtern. Umgekehrt sind Verbesserungen der vertraglichen Konditionen zugunsten des Abnehmers für den Fall denkbar, dass er einen höheren Absatz als vorgesehen erzielt.

Allerdings sind Vertragsanpassungsklauseln häufig in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit aufgenommen und unterliegen damit der Inhaltskontrolle. Zu den geläufigsten Anpassungsklauseln zählen die so genannte Verhandlungs- und die Wirtschaftlichkeitsklausel. Einen Sonderfall stellt die Wertsicherungsklausel dar.

II. 1. Die Verhandlungsklausel

Diese Klausel findet sich häufig in langfristigen Verträgen, durch die die Parteien eine Verpflichtung zur „Verhandlung“ aufgenommen haben, wenn sich wesentliche äußere Umstände verändern⁷⁹⁹. Wird diese Formulierung zugleich mit einer Streitschlichtungsklausel versehen, geht der BGH davon aus, dass ein Anspruch auf eine entsprechende Anpassung besteht⁸⁰⁰. Grundsätzlich sind derartige Klauseln, die auf eine zweiseitige Veränderung abzielen, auch als AGB zulässig⁸⁰¹, selbst wenn es um Hauptleistungspflichten wie Entgelte geht.

Es ist im Rahmen der Privatautonomie immer vorzuziehen, dass sich die Parteien über ggf. erforderliche Änderungen im Vertrag selbst einigen. Ist aber der

⁷⁹⁷ Vgl. BGH ZIP 1990, 1599

⁷⁹⁸ BGH ZIP 1990, 103, mit Anm. Sternel, EWiR 1990, 209; OLG Nürnberg zitiert nach Bühler BB 1994, 663 f,

⁷⁹⁹ Z. B. BGH WM 1968, 575; Hentschel, S. 177 und Nelle, S. 66 mit Klauselbeispielen

⁸⁰⁰ BGHZ 62, 314; Lörcher DB 1996, 1271

⁸⁰¹ Wolf/Horn/Lindacher § 9, Rz. D 23; Jickeli, S. 230; Martinek AcP 198, 345

Vertragspartner zur Aufnahme der Verhandlung verpflichtet, wenn der Änderungswillige dies auf Grund einer solchen Klausel verlangt? Dies wird überwiegend als Nebenpflicht aus dem bestehenden Vertrag bejaht. Eine entsprechende wesentliche Rechtsprechung liegt hierzu jedoch nicht vor⁸⁰². Prozessual ist ein Klageantrag daher schwer vorstellbar, der diese Thematik zum Inhalt hat⁸⁰³.

Daher stellt sich die Frage, wie ein änderungsinteressierter Vertragspartner sein Begehren durchsetzen kann. Hierzu wird vorgeschlagen, dass der unwillige Änderungsgegner seine Anpassungskompetenz verliert, wenn er seiner Verhandlungspflicht nicht nachkommt. Dann erhielte der Anpassungswillige eine einseitige Kompetenz entsprechend § 315 BGB⁸⁰⁴. Dies liefe auf ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht hinaus, das von einem Gericht nur noch auf seine Billigkeit überprüft werden kann, § 315 III S. 2 BGB. Allerdings könnte hier doch wieder § 308 Nr. 4, 5 BGB einschlägig sein, da die Parteien gerade kein einseitiges Bestimmungsrecht vereinbart haben. Ein anderes Ergebnis ist auch nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung möglich, weil hier keine Lücke im Vertrag vorliegt. Das o. a. Verfahren kann allenfalls dann angewendet werden, wenn die Verhandlungsklausel zugleich einen Mechanismus für den Fall der Nichteinigung bereithält, etwa indem ein Schiedsgutachter für diesen Fall vorgesehen ist oder die Verhandlungsklausel zumindest die Richtung oder einen Maßstab angibt, worauf die Änderung abzielt. Nur dann haben die Parteien zu verstehen gegeben, dass eine Änderung erfolgen soll. Haben die Parteien dies nicht zu verstehen gegeben, dass eine Änderung erfolgen soll, setzte man sich anderenfalls über den Parteiwillen hinweg. Für die Verhandlungspflicht würde bereits die Frage, „ob“ Verhandlungsbedarf besteht, übersprungen werden, um sich sogleich nur mit dem „wie“ der Vertragsänderung zu beschäftigen. Daraus folgt, dass sich ein Anpassungsgegner durchaus über die Frage, ob eine Vertragsänderung anzustreben sei, mit seinem Vertragspartner uneins sein kann. Dies hätte zur Folge, dass über eine Änderung kein Konsens bestünde: der alte Vertragszustand bliebe erhalten.

Ebenso setzen sich Vorschläge, die einen Schadensersatzanspruch des Anpassungswilligen in Höhe seines „Änderungs“-Verlustes oder ein außerordentliches Kündigungsrecht fordern⁸⁰⁵, über diese Hürde hinweg. Grundsätzlich gehören zwei Parteien dazu, die über das „ob“ einer Vertragsänderung bestimmen. Denn anders als bei dem Wegfall der Geschäftsgrundlage müssen sich die Parteien zumindest bei generellen Verhandlungsklauseln auch darüber einigen, dass die Schwelle für erforderliche Änderungen erreicht ist. Anderenfalls läge hier der Fall einer Verpflichtung vor, einem (Neu-) Vertrag zuzustimmen, was mit der Privatautonomie unvereinbar ist.

⁸⁰² Nelle, S. 69, 309; Salzmann, S. 24; Hentschel, S. 178

⁸⁰³ Martinek AcP 198, 353

⁸⁰⁴ BGH WM 1964, 562; mit BGH WM 1978, 229 auch mit Gestaltungsbefugnis durch das Gericht; Nelle, 311 f.; Salzmann, S. 103 f.; Horn AcP 181, 279 f.

⁸⁰⁵ Horn AcP 181, 286; Martinek AcP 198, 348 f., 353

II. 2. Die Wirtschaftlichkeitsklausel

Die Vorsorge der Parteien für die Anpassung langfristiger Verträge erschöpft sich zuweilen auch in einer Klausel, nach der sie sich bei der Änderung nur der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse zu (Nach-/Neu-) Verhandlungen verpflichten⁸⁰⁶. Hier fehlt es ebenfalls an Bestimmungen zum Verfahren, wie die Anpassung zu erfolgen habe.

Die Rechtsprechung weist daher darauf hin, dass in Anlehnung an die Grundsätze der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage strenge Anforderungen an die Anwendbarkeit derartiger Wirtschaftlichkeitsklauseln zu stellen sind⁸⁰⁷. Trotz der inhaltlich wenig aussagekräftigen Klausel verfolgt der BGH aber im Einzelfall den Weg, derartige Fälle unter dem Gesichtspunkt der ergänzenden Vertragsauslegung zu beurteilen⁸⁰⁸. Diese Auffassung ist tragfähig, sofern die Parteien auf eine ins einzelne gehende Regelung bewusst verzichtet haben, der Vertragstext jedoch den Wirtschaftlichkeitsvorbehalt enthält, da die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung gerade für diese Fälle der Regelungslücken heranzuziehen sind⁸⁰⁹. Hier ist im Unterschied zur bloßen Verhandlungsklausel immerhin die Wirtschaftlichkeit als, wenn auch sehr vager Maßstab genannt.

II. 3. Die Wertsicherungsklauseln

Eine besondere Form der Vertragsanpassung ist die so genannte Wertsicherungsklausel. Sofern die Konditionenanpassung bei Erreichen bestimmter Indizes automatisch erfolgen soll, handelt es um nach § 3 WährungsG a. F. genehmigungspflichtige Wertsicherungsklauseln. Diese sind wegen der fehlenden, aber erforderlichen Genehmigung durch die Landeszentralbank häufig unwirksam⁸¹⁰. Genehmigungsfreie Formulierungen von Wertsicherungsklauseln sind in der Vertragspraxis allerdings ebenfalls geläufig. Es besteht daher praktisch immer die Möglichkeit, eine unwirksame Wertsicherungsklausel durch eine genehmigungsfreie Klausel zu ersetzen⁸¹¹. Der BGH hat daher entschieden, dass die Parteien

⁸⁰⁶ BGH ZIP 1981, 283

⁸⁰⁷ BGH ZIP 1981, 283

⁸⁰⁸ BGHZ 62, 314; BGH DB 1975, 1356; BGH WM 1978, 229; Horn AcP 181, 259

⁸⁰⁹ BGH NJW 1995, 1360

⁸¹⁰ § 3 WährungsG ist nun durch § 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz ersetzt.

Genehmigungsbehörde ist nun gemäß § 7 dieses Gesetzes das Bundesamt für Wirtschaft. Die Genehmigung wird nur bei Verträgen mit einer Laufzeit von mehr als 10 Jahren erteilt, vgl. §§ 3 ff.

⁸¹¹ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 245 Rz. 27

verpflichtet sind, gemäß § 242 BGB einer entsprechenden Ersetzung der unwirksamen in eine genehmigungsfreie Wertsicherungsklausel zuzustimmen⁸¹².

Unabhängig vom Währungsrecht unterliegen derartige Klauseln als AGB der Inhaltskontrolle⁸¹³. Insbesondere die so genannte Tagespreisklausel wurde von der Rechtsprechung immer wieder als den Vertragspartner unangemessen benachteiligend im Sinne des § 9 I AGBG a. F. (§ 307 I BGB) eingestuft und damit als unwirksam verworfen worden⁸¹⁴. In diesen Fällen entstand dadurch eine Lücke im Vertrag, die es erforderlich machte, im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung für den konkreten Fall eine Lösung zu suchen⁸¹⁵. Der BGH griff daher an Stelle der fehlenden, da unwirksamen Vertragsanpassungsklausel auf die allgemeinen Marktverhältnisse - unter Berücksichtigung des sonstigen Vertragsinhalts als Anpassungsmaßstab - zurück⁸¹⁶. Nur wenn die Lücke so groß ist, dass es an jeder sonstigen Regelung für einen bestimmbaren Maßstab zu Anpassung des Vertrages fehlt, kommt eine gerichtliche Lückenschließung nicht in Betracht⁸¹⁷. Als AGB ist eine derartige Klausel dann auch mangels Transparenz unwirksam⁸¹⁸.

Insgesamt lässt sich sagen, dass Vertragsbestimmungen, die die Parteien zur Anpassung ihres Vertrages an stark veränderte Umstände selbst treffen, in der Regel vorzuziehen sind. Eine bloße Verhandlungsklausel birgt allerdings die Schwierigkeit einer problematischen Durchsetzung. Vorzuziehen sind daher Klauseln, die zum einen den Maßstab der Änderung angeben, und die zum anderen auch über einen Streitschlichtungsmechanismus verfügen. Den Klauseln muss also zu entnehmen sein, ob die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung eingetreten sind.

⁸¹² BGH DB 1979, 1790; BGH NJW 1986, 933; Hentschel, S. 114 f.

⁸¹³ Wolf/Horn/Lindacher § 8 Rz. 20; Ulmer/Brandner/Hensen § 8, Rz. 21

⁸¹⁴ BGHZ 90, 69; BGH NJW 1990, 115

⁸¹⁵ BGH DB 1984, 657; BGH LM § 139 Nr. 51; BGHZ 63, 132; BGHZ 81, 135; vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1995, 758; Salzmann, S. 189

⁸¹⁶ BGH DB 1975, 1356 zu einem Mietzins; BGHZ 77, 194

⁸¹⁷ BGHZ 55, 248

⁸¹⁸ Wolf/Horn/Lindacher, § 9 M 56 a. E.

H. Die Beendigung von Sukzessivlieferungsverträgen

Wird der Sukzessivlieferungsvertrag planmäßig erfüllt, endet er durch seine Erfüllung bzw. durch Ablauf der vereinbarten Laufzeit⁸¹⁹. Ändern sich die Vertragsverhältnisse, mag eine Anpassung des Vertrages auf der Basis des vorher behandelten § 313 BGB bzw. vereinbarter Anpassungsklauseln in Betracht kommen. Neben diesen Möglichkeiten⁸²⁰ ist es immer wieder in der Praxis zu beobachten, dass sich Vertragspartner eines Sukzessivlieferungsverhältnisses, in der Regel der Abnehmer, vor Ablauf des Vertrages einseitig aus dem Vertrag lösen wollen. Das kann darauf beruhen, dass die vorgenannten Instrumente der Vertragsanpassung fehlschlagen, dass sich die Abnehmer sich wirtschaftlich durch ein vorzeitiges Vertragsende Vorteile erhoffen oder dass sie aus sonstigen Gründen anderweitig und ohne Bindung an den Lieferungsvertrag disponieren wollen. Fraglich ist jedoch, ob und unter welchen Voraussetzungen dies möglich ist.

I. Die ordentliche Kündigung

Der befristet abgeschlossene Sukzessivlieferungsvertrag endet durch den vertragsgemäßen Zeitablauf bzw. durch die Erfüllung der letzten Lieferung. Den Parteien steht es frei, außer einem Zeitablauf weitere Beendigungstatbestände in den Vertrag aufzunehmen.

Im Allgemeinen Schuldrecht ist das Rücktrittsrecht gemäß § 346 BGB vorgesehen, um sich von einem Vertrag zu lösen. Das geschieht auf der Basis eines vertraglichen oder gesetzlichen Rücktrittsrechts. Erforderlich ist dafür ein Rückabwicklungsverhältnis, in dem bereits erbrachte Leistungen zurückgewährt werden müssen. Bei den hier behandelten Sukzessivlieferungsverträgen als Dauerschuldverhältnisse, die sich bereits in Vollzug befinden, ist dies aber nur schwer möglich, da dann die in der Vergangenheit bereits reibungslos abgewickelten Einzellieferungen ebenfalls rückgängig gemacht werden müssten⁸²¹.

Bei gesetzlich etablierten Dauerschuldverhältnissen wie z. B. der unbefristeten Miete oder dem unbefristeten Arbeitsverhältnis ist deshalb die ordentliche Kündigung als Beendigungstatbestand vorgesehen. Bei dieser ordentlichen Kündigung bedarf es - bis auf die weitergehenden arbeitsrechtlichen bzw. wohnungsmietrechtlichen Besonderheiten des Kündigungsschutzes - keines besonderen, rechtfertigenden Grundes für die Beendigung des Vertragsverhältnisses. Insofern besteht für die

⁸¹⁹ v. Gierke JherJb 64, 378; Sauter, S. 171

⁸²⁰ Sowie durch die bereits behandelte Möglichkeit eines Widerrufs gem. § 355 BGB, sofern der Vertragspartner als Existenzgründer noch Verbraucher ist, vgl. oben Kap. D II. 2. 1., D II 4.

⁸²¹ Vgl. Fikentscher, Rz. 36, 341, 423; Medicus Rz., 153; Larenz I, S. 30 f.

Vertragsparteien die Vertragsfreiheit auch darin, den einmal abgeschlossenen Vertrag wieder frei zu beenden⁸²².

Allerdings sind die hier behandelten langfristigen Sukzessivlieferungsverträge gesetzlich nicht geregelt. Es stellt sich daher die Frage, ob sie dennoch jederzeit ordentlich gekündigt werden können. Da eine Lieferungsbeziehung nicht ohne zeitliche Beschränkung den Abnehmer bis in alle Ewigkeit binden kann⁸²³, muss eine unbefristete Lieferungsbeziehung immanent die Möglichkeit offen lassen, dass sich die Vertragsparteien durch eine ordentliche Kündigung aus dem Vertrag lösen können⁸²⁴. Einer besonderen Begründung bedarf diese ordentliche Kündigung nicht.

Das gilt gerade auch für die hier besprochenen Dauerschuldverhältnisse, die wie die Sukzessivlieferungsverträge keine spezialgesetzlichen Kündigungsregeln kennen⁸²⁵. Voraussetzung ist allerdings, dass der Sukzessivlieferungsvertrag auf unbefristete Zeit abgeschlossen wurde. In der Regel werden diese Sukzessivlieferungsverträge jedoch mit einer festen Laufzeit vereinbart. Im Hinblick auf den Vertragszweck eines mit einer festen Bezugsdauer versehenen Sukzessivlieferungsvertrags, sowie auf die Tatsache, dass der Lieferant mit seiner Gegenleistung in Vorleistung tritt⁸²⁶, ist es jedoch gerechtfertigt, dass sich die Parteien auf eine fest vereinbarte Laufzeit verlassen können. Insofern gebietet der Satz „pacta sunt servanda“ nach wie vor, dass sich niemand einseitig aus einem Vertrag mit fester Laufzeit vorzeitig und beliebig lösen kann. Eine ordentliche Kündigung dieser Verträge während der vereinbarten Laufzeit ist also nicht möglich, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben.

II. Die außerordentliche Kündigung

Für einige langfristige Verträge mit festen Laufzeiten gibt es sondergesetzliche Regelungen zur außerordentlichen Trennung während der Laufzeit. Hierzu zählen z. B. die Fälle der §§ 490, 543, 569, 626, 723 BGB sowie der des § 89 a HGB. Diese Fälle, in denen ein außerordentliches Kündigungsrecht vorgesehen ist, decken jedoch bei weitem nicht alle denkbaren Fälle von Dauerschuldverhältnissen ab. Auch für Sukzessivlieferungsverträge mit einer Bezugsbindung existiert bis zur Schuldrechtsmodernisierung keine gesetzliche Kündigungsregel.

⁸²² Oetker, S. 272; Kießling/Becker WM 2002, 583

⁸²³ S. o., Kap. E III 1. 1.

⁸²⁴ Oetker, S. 275; v. Gierke JherJb 64, 382; Sauter, S: 173

⁸²⁵ BGH NJW 1972, 1129; BGH NJW-RR 1993, 1460; OLG München NJW-RR 1996, 561; MüKo-Kramer Einleitung vor §§ 241-432, Rz. 99; Larenz I, S. 30; Hueck, S. 141 ff.; v. Scheven, S. 129; Jickeli, S. 316; v. Gierke JherJb 64, 391

⁸²⁶ Vgl. oben, Kap. E III 1.

Für solche Dauerschuldverhältnisse hat die Rechtsprechung daher eine außerordentliche Kündigungsmöglichkeit entwickelt, auch wenn diese im Vertrag nicht vereinbart ist. Das gilt auch für langfristige Lieferverträge⁸²⁷. Diese außerordentliche Kündigungsmöglichkeit setzt voraus,

- dass die weitere Durchführung des Vertrages erheblich gefährdet ist,
- und dass dem Kündigenden ein weiteres Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann⁸²⁸.

Eine Trennungsmöglichkeit nach Belieben für einen Vertragspartner, der sich aus rein subjektiven Motiven einseitig von einem langfristig abgeschlossenen Vertrag lösen möchte, ist jedoch damit nicht gegeben. Umstände, die in den Risikobereich desjenigen fallen, der sich auf die Unzumutbarkeit beruft, können nicht als außerordentliche Kündigungsgründe akzeptiert werden. Anderenfalls würde so die in einem langfristigen Vertrag wie dem Sukzessivlieferungsvertrag angelegte Risikoverteilung beseitigt werden⁸²⁹.

Die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit bei Dauerschuldverhältnissen wird vielfach als Unterfall der „clausula rebus sic stantibus“ angesehen⁸³⁰. Das wird damit begründet, dass ein auf lange Zeit angelegtes Vertragsverhältnis allein schon wegen dieser Dauer auf einem gegenseitigen Vertrauensverhältnis und entsprechender Kontinuitätserwartung beruhen müssen. Sofern also nur eine Störung der Geschäftsgrundlage vorliegt, ist hier die Anpassung des Vertrages an die geänderten Umstände der vorrangige Ausweg⁸³¹.

Beim Wegfall des Vertrauensverhältnisses hat die Rechtsprechung unter Hinweis auf die analoge Anwendung des § 626 I BGB für alle Vertragsparteien ein außerordentliches Kündigungsrecht anerkannt, ohne dass dies im Vertrag geregelt sein muss⁸³². In der Literatur ist darüber diskutiert worden, in welchem Verhältnis hier der Wegfall der Geschäftsgrundlage zur analogen Anwendung des § 626 BGB steht⁸³³. Seit dem 1. 1. 2002 ist das Recht zur außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen durch die Schuldrechtsreform kodifiziert und in § 314 BGB festgeschrieben. Der Rückgriff auf die analoge Anwendung des § 626 I BGB entfällt damit in der Zukunft⁸³⁴. Für eine Störung der Geschäftsgrundlage, die so erheblich

⁸²⁷ BGH BB 1953,339; BGH WM 1975, 850; BGH MDR 1976, 834; BGH NJW 1999, 276; BGH NJW 2001, 2331; MüKo-Kramer, Einl. Zu §§ 241 – 432, Rz. 100; Larenz I, S. 32; Fikentscher, Rz. 36; Oetker, S. 420 f.; v. Scheven, S. 130; Jickeli, S. 312; Sauter, S. 129; Bayreuther, S. 413

⁸²⁸ Fikentscher, Rz. 36; Larenz I, S. 33 mit Verweis auf § 626 I BGB

⁸²⁹ BGH NJW 1997, 3022; s. zur Risikoverteilung auch Kap. G. I

⁸³⁰ Oetker, S. 420; anders Medicus, Rz. 153; vgl. oben Kap. G I

⁸³¹ MüKo-Kramer, Einl. Zu §§ 241 – 432, Rz. 100 a. E.; vgl. oben Kap. G I

⁸³² BGH NJW 1998, 2286; Larenz I, S. 33; das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach § 314 BGB, früher analog § 626 BGB, ist grundsätzlich nicht abdingbar, OLG Zweibrücken OLG-Report, 1998, 161, vom BGH nicht zur Revision zugelassen, BGH VIII ZR 50/98; Hueck, S. 122

⁸³³ Vgl. Oetker, S. 419 f.; Gollub, S. 82 ff.

⁸³⁴ Die außerordentliche Kündigungsmöglichkeit gem. § 314 BGB besteht für die hier behandelten

ist, dass eine Anpassung nicht mehr in Frage kommt, ist nach der neuen Rechtslage § 313 III 2 BGB als Kündigungsnorm maßgeblich. Kündigungsgrundlage im Falle einer außerordentlichen Kündigung, insbesondere bei einer Pflichtverletzung, ist § 314 BGB⁸³⁵. Zweck der Schuldrechtsreform war es im übrigen, die von der Rechtsprechung entwickelten und anerkannten Regeln der außerordentlichen Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen zu kodifizieren, nicht jedoch sie zu korrigieren⁸³⁶. Die bisherige Rechtsprechung kann daher in diesem Bereich nach wie vor herangezogen werden⁸³⁷.

II. 1. Gründe für eine außerordentliche Kündigung

Aus den für Dauerschuldverhältnisse herausgebildeten, von der Rechtsprechung anerkannten außerordentlichen Kündigungsgründen sollen hier nun diejenigen untersucht werden, die für die hier zu behandelnden Verträge typisch sind. Beiden Vertragsparteien eines auf Dauer angelegten Sukzessivlieferungsvertrages steht dem Grunde nach das Recht zur außerordentlichen Kündigung zu. Es ist nicht auf eine Vertragsseite beschränkt. Eine gesetzliche Bestimmung, was ein konkreter Grund für eine außerordentliche Kündigung von Sukzessivlieferungsverträgen sein kann, existiert nicht⁸³⁸. Man ist daher auf die Einzelfallabwägung angewiesen⁸³⁹. Es ist auch nicht möglich, für alle Dauerschuldverhältnisse einen einheitlichen Katalog von „wichtigen Gründen“ abschließend aufzustellen. Die folgende Darstellung orientiert sich nun an den von der Rechtsprechung behandelten und entwickelten Kündigungsgründen für die hier untersuchten Verträge. Sie gliedert sich in die Darstellung von Kündigungsgründen für den Lieferanten einerseits und für den Abnehmer andererseits. Zunächst ist jedoch die Bedeutung des AGB-Rechts für derartige Kündigungsklauseln zu betrachten.

II. 1. 1. Die außerordentliche Kündigung und das AGB-Recht

Die Sukzessivlieferungsverträge, die in der Regel vom Lieferanten vorformuliert sind, sehen meist Klauseln vor, die Einzelfälle beschreiben. Diese sollen für den

Sukzessivlieferungsverträge unabhängig von den Kündigungsrechten des § 490 BGB dann, wenn die Gegenleistung ein Darlehen darstellt, oder § 543 BGB bei einem parallel bestehenden Mietvertrag.

⁸³⁵ Diese Rangfolge ist auch aus den Gesetzgebungsmaterialien zu entnehmen, BT-Drucksache 14/6040, S. 177; Jauernig-Vollkommer, § 314 Rz. 1 f.

⁸³⁶ BT-Drucksache 14/6040, S. 177

⁸³⁷ Vgl. Palandt-Heinrichs, 63. Auflage, § 314, Rz. 7

⁸³⁸ Jickeli, S. 317; Ein analoger Rückgriff auf Bestimmungen aus anderen Rechtsverhältnissen sollte freilich möglich sein, vgl. § 543 BGB, § 498 BGB oder auch § 723 I Nr. 1 BGB, vgl. Oetker, S. 567

⁸³⁹ Larenz I, S. 33; v. Scheven, S. 132

Lieferanten außerordentliche Kündigungsgründe im Sinne des § 314 BGB darstellen. Sofern solche im Vertrag vorformulierten Sachverhalte die außerordentliche Kündigung nicht nur auf diese Fälle beschränken, sondern beide Vertragspartner also auch aus einem anderen, in seiner Schwere vergleichbaren Fall, der nicht im Vertrag aufgelistet ist, außerordentlich kündigen können, ist die Festlegung im Vertrag grundsätzlich nicht zu beanstanden. Sie verstößt nicht gegen § 307 BGB⁸⁴⁰. In ihrem Gewicht müssen die konkreten Einzelgründe den Voraussetzungen des § 314 BGB, insbesondere dem Verlust des erforderlichen Vertrauensverhältnisses, entsprechen. Diesem Erfordernis werden die meisten gebräuchlichen Vertragsformulierungen gerecht, die z. B. den Katalog von Kündigungsgründen mit den Worten „... insbesondere, wenn ...“ einleiten. Damit wird deutlich, dass es darüber hinaus weitere außerordentliche Kündigungsgründe geben kann.

Es stellt sich jedoch die Frage nach der Zulässigkeit, wenn in einem Vertrag der Katalog von Kündigungsgründen zugunsten des Lieferanten einen abschließenden Charakter haben soll. In diesem Fall würde sich aus dem Wortlaut einer solchen Klausel ergeben, dass ausschließlich wegen der angegebenen Gründe eine außerordentliche Kündigung möglich sein soll. Sofern es sich um eine vorformulierte Klausel handelt, die dem Recht der AGB unterliegt, verstößt sie gegen § 309 Nr. 8 a BGB. Aber auch unter dem Gesichtspunkt der für Unternehmer maßgeblichen Generalklausel des § 307 BGB ist eine derartige Abbedingung der außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit als unangemessene Benachteiligung zu werten⁸⁴¹, da dem Abnehmer bei dieser Formulierung eine eigene außerordentliche Kündigungsmöglichkeit von vorne herein abgeschnitten wäre.

Darüber hinaus ist auch ein vollständiger Ausschluss eines außerordentlichen Kündigungsrechts als individuell abgeschlossene Klausel nicht zugelassen⁸⁴². Insbesondere bei langfristigen Verträgen ist die außerordentliche Kündigungsbefugnis das erforderliche Korrelat zur langen Bindungsdauer⁸⁴³. Auch für derartige Individualvereinbarungen ist der § 314 BGB nunmehr kodifiziertes, zwingendes Recht.

⁸⁴⁰ Vgl. OLG München BB 1995, 329 f.; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 12, Rz. 20; Oetker, S. 567, 572; Liesegang BB 1991, 2384; kritisch zu solchen Klauseln ist Bayreuther, S. 415 f., wegen konzernrechtlicher Bedenken

⁸⁴¹ BGH NJW 1986, 3134 f.; Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 12, Rz. 15; Oetker, S. 570 f.; für den § 314 BGB auch Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314, Rz. 3

⁸⁴² BGH BB 1973, 819; OLG Zweibrücken, OLG-Report 1998, 161, vom BGH nicht zur Revision angenommen durch Beschluss vom 15. 12. 1998, VIII ZR 50/98; Martinek/Semler, § 15, Rz. 45

⁸⁴³ BGH NJW 2001, 2331; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 12, Rz. 20; Haarmann, S. 124 f.

II. 1. 2. Kündigungsgründe für den Lieferanten

Ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Lieferanten bedarf eines wichtigen Grundes. Schon vor der Schuldrechtsmodernisierung war hierzu ein Verschulden des Abnehmers an diesem wichtigen Grund nicht gefordert⁸⁴⁴. Mit der Einführung des § 314 BGB ist dies auch gesetzlich klargestellt, da § 314 II BGB unter anderem auch die zu vertretende Pflichtverletzung, aber eben nicht nur diese, als wichtigen Grund anerkennt.

In der Praxis kommen als wichtige Gründe bei einem Sukzessivlieferungsvertrag neben anderen Pflichtverletzungen des Abnehmers insbesondere der Fremd- oder der Minderbezug verpflichteter Waren durch den Abnehmer in Betracht. Bezieht er bei einer zulässigen Ausschließlichkeitsbindung verpflichtete Waren fremd, also über eine nicht vereinbarte Bezugsquelle, liegt darin grundsätzlich eine Pflichtverletzung. Dies stellt anerkanntermaßen einen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar⁸⁴⁵. Denn ein gesicherter Warenabsatz über die gesamte Vertragslaufzeit ist für den Lieferanten der maßgebliche Zweck des Vertragsverhältnisses. Ein fremd beziehender Abnehmer verstieße bewusst gegen den vereinbarten Vertrag.

In Fällen des Minderbezugs bedarf es der Differenzierung, je nachdem, ob der Abnehmer sich zur Abnahme von bestimmten Mengen verpflichtet hat oder ob er ohne eine Mindestabnahmemenge ausschließlich gebunden ist.

Haben sich die Parteien auf eine Gesamtabnahmemenge geeinigt, die während der Laufzeit in Teilmengen abzurufen ist, kann ein Minderbezug eine Kündigung grundsätzlich rechtfertigen⁸⁴⁶, da der Abnehmer für die Folgen des Minderbezugs generell einzustehen hat⁸⁴⁷. Ist die abzunehmende Bezugsmenge vertraglich nicht nur jährlich, sondern auch vierteljährlich oder monatlich bestimmt, so kommt die außerordentliche Kündigung für den Lieferanten bei sich wiederholenden Minderbezügen jeweils monatlich bzw. vierteljährlich in Betracht⁸⁴⁸, wobei im Einzelfall eine Abmahnung erforderlich ist⁸⁴⁹. Allerdings kann das Kündigungsrecht für den Lieferanten dann verwirkt sein, wenn ein Abnehmer sich laufend im Minderbezug befindet und der Lieferant auf Dauer daraus keinerlei Konsequenzen zieht⁸⁵⁰.

⁸⁴⁴ Jauernig-Vollkommer, § 314 Rz. 5; Fikentscher, Rz. 36; Oetker, S. 271 f.

⁸⁴⁵ Vgl. OLG München BB 1995, 329 f.

⁸⁴⁶ BGH WM WM 1985, 61

⁸⁴⁷ BGH NJW-RR 2001, 987 mit Anm. von Armbrüster, EWiR 2001, 309

⁸⁴⁸ OLG Koblenz vom 11. 6. 1999, 8 U 1021/98

⁸⁴⁹ S. unter, Kap. H II 2. 1.

⁸⁵⁰ Vgl. OLG München OLG-Report 1995, 145; s. unter, Kap. H II 2.; dagegen entfällt ein Kündigungsrecht, wenn sich die Störung durch eine Vertragsanpassung an geänderte Umstände beseitigen lässt und den Parteien die Anpassung zuzumuten ist, vgl. OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, 1 U 42/99. Im Grunde entfällt hier die Voraussetzung der unzumutbaren Fortsetzung des Vertragsverhältnisses wegen eines zerrütteten Vertrauensverhältnisses, § 314 I BGB, § 626 I BGB

Auch wenn vertraglich keine Abnahmemengen festgelegt sind, kann bei einer gravierenden Minderabnahme eine Kündigung dann in Betracht kommen⁸⁵¹, wenn sich im Vergleich zu den früheren Bezügen die Minderabnahme als einschneidend und nachhaltig erweist. Verschuldensfragen spielen dabei nicht zwingend eine Rolle⁸⁵². Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, wenn z. B. eine erhebliche Finanzierung des Lieferanten gegenüber den verminderten Bezügen ein derartiges Ungleichgewicht aufweist, das ihm ein Festhalten an dem Vertrag nicht mehr zugemutet werden kann⁸⁵³.

II. 1. 3. Kündigungsgründe für den Abnehmer

Bei Sukzessivlieferungsverträgen mit einer Bezugsverpflichtung ist es typisch, dass der Lieferant hier seine Gegenleistung, z. B. ein Darlehen, zu Beginn des Vertragsverhältnisses erbringt. Dies geschieht in der Erwartung auf die langfristige Einhaltung der Bezugsverpflichtung durch den Abnehmer. Der Lieferant geht also in Vorleistung. In dieser Situation kann es grundsätzlich nur in eng begrenzten Ausnahmefällen für den Abnehmer möglich sein, sich außerordentlich von der Bezugsverpflichtung zu trennen⁸⁵⁴. An die Voraussetzung hierzu, dass es dem Abnehmer schlechthin unzumutbar sein muss, den Vertrag fortzusetzen, sind daher strenge Anforderungen zu stellen. Prinzipiell sind Anlässe, die in den Risikobereich des Abnehmers fallen, nicht in der Lage, einen außerordentlichen Kündigungsgrund zu rechtfertigen und von der vertraglich vereinbarten Risikoverteilung abzuweichen⁸⁵⁵.

In der Rechtsprechung wurden zahlreiche Konstellationen entschieden, die diesen Grundsatz verdeutlichen. Die relativ hohe Anzahl derartiger Entscheidungen ist damit zu begründen, dass gebundene Abnehmer des öfteren versuchen, sich von im Laufe der Zeit als unbequem empfundene Bezugsverpflichtungen zu trennen.

- Die außerordentliche Tilgung des Darlehens

Abnehmer, die ein Darlehen als Gegenleistung für eine Bezugsverpflichtung erhalten haben, wollen sich häufig durch vorzeitige Rückzahlung der Restvaluta und anschließende Kündigung von der Bezugsverpflichtung befreien. Sie argumentieren, dass mit der Rückzahlung der Restvaluta die langfristige Bezugsverpflichtung

⁸⁵¹ OLG Brandenburg vom 10. 3. 1998, 6 U 159/97; OLG Celle NJW-RR 1999, 1143; OLG Koblenz vom 11. 6. 1999, 8 U 1021/98

⁸⁵² Bei Martinek/Semler, § 15, Rz. 22 handelt es sich um einen Verstoß gegen die Absatzförderungspflicht

⁸⁵³ Vgl. Jickeli, S: 317

⁸⁵⁴ BGH MDR 1976, 834; BGH NJW 1998, 602; BGH NJW 2001, 2331

⁸⁵⁵ BGH NJW 1997, 3022

rechtfertigende Gegenleistung entfalle. Aus diesem Grund könne es dem Abnehmer nicht zugemutet werden, nach Rückzahlung des Restdarlehens weiter an der möglicherweise noch jahrelang laufenden Bezugsbindung fest zu halten.

Eine solche vorzeitige Tilgung ist gemäß § 271 II BGB möglich, wenn die Parteien keine anderweitige Regelung getroffen haben. Aus dem Wesen eines langfristigen Liefervertrags folgt jedoch, dass der Abnehmer die Bezugsbindung als Äquivalent für die zu Beginn des Vertragsverhältnisses erbrachte Gegenleistung eingegangen ist. Der Lieferant ist damit in Vorleistung getreten. Dieses Vorleistungsrisiko, das der Lieferant eingeht, nimmt er aber nicht in erster Linie als Finanzier des Abnehmers auf sich. Seine Interessen an der Gegenleistung sind dabei keine finanziellen, sondern er will damit seinen Absatz sichern und fördern. Deswegen sind die in diesen Fällen vereinbarten Zinssätze und Sicherheiten in der Regel nicht mit banküblichen Konditionen zu vergleichen. Sie sind für den Abnehmer in der Praxis deutlich günstiger. Bei der Abwägung des beiderseitigen Interesses im Sinne des § 314 I BGB wird man daher zu dem Schluss kommen, dass ein derartiges außerordentliche Kündigungsrecht für den Abnehmer nur seine Interessen einseitig berücksichtigen würde. Er erhielte eine günstige Finanzierungsquelle, könnte sich aber von den Bezugsverpflichtungen einseitig mit einer vorzeitigen Rückzahlung des Darlehens befreien. Eine solche Praxis würde den Charakter eines solchen langfristigen Sukzessivlieferungsvertrages beseitigen. Dem Abnehmer kann es daher unter diesen Voraussetzungen nicht gestattet werden, sich den eingegangenen Verpflichtungen durch eine vorzeitige Rückzahlung des Darlehens und einer anschließenden außerordentlichen Kündigung des Vertrages zu entziehen⁸⁵⁶.

- Geschäftsrisiken des Abnehmers

In den Risikobereich des Abnehmers fällt auch die Frage, ob sich das Absatzobjekt rentabel betreiben lässt. Die Rentabilität eines Objekts hängt von der Betriebsführung des Abnehmers ab und rechtfertigt keine außerordentliche Kündigung des Sukzessivlieferungsvertrages, wenn er Betriebsverluste erleidet⁸⁵⁷. Entsprechendes gilt, wenn Umsatzeinbußen deswegen auftreten, dass die Waren des Abnehmers bei gleich bleibender Qualität wegen eines geänderten Publikumsgeschmacks nur in geringerem Umfang abgesetzt werden können⁸⁵⁸.

Auch die Aufgabe und Abmeldung des Gewerbes wegen Erreichens des Rentenalters berechtigt den Abnehmer nicht zur außerordentlichen Kündigung eines langfristigen Bezugsvertrags⁸⁵⁹. Ihm bleibt es unbenommen, die Bezugsverpflichtung durch einen Geschäftsnachfolger erfüllen zu lassen⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ BGH NJW 2001, 2331; OLG Düsseldorf vom 18. 2. 1994, 16 U 91/93; vgl. auch Jickeli, S. 317

⁸⁵⁷ BGH DB 1975, 638; so auch im Falle zu niedriger Umsätze und Unrentabilität im Zusammenhang mit einem Mietvertrag, OLG Düsseldorf vom 10. 2. 1994, 10 U 50/93 und OLG Celle vom 10. 6. 1998, 13 U 148/97; vgl. oben, Kap. G. I

⁸⁵⁸ BGH MDR 1976, 508; BGH BB 1965, 809

⁸⁵⁹ BGH NJW 1998, 602; ein Abnehmer kann auch nicht mit der Begründung außerordentlich

Etwas anderes kann sich jedoch dann ergeben, wenn die Parteien die Rentabilität, ihre Verkehrslage oder andere wesentliche Umstände zur Geschäftsgrundlage erhoben haben, § 313 BGB. Hier kam es zu einer kontroversen Diskussion, ob die Laufzeit eines Miet- oder Pachtvertrages zwischen dem Abnehmer und seinem Vermieter den parallel bestehenden Bezugsvertrag beeinflusst. Kann sich der Abnehmer mit einer außerordentlichen Kündigung vom Sukzessivlieferungsvertrag lösen, wenn die Bezugsbindung über die Miet- bzw. Pachtzeit hinaus geht? Es hängt schließlich von der Auslegung des Vertrages ab, ob dem Abnehmer hier ein außerordentliches Kündigungsrecht zugebilligt wird, wenn sein Vermieter fristgemäß kündigt. Eine solche Möglichkeit hat der BGH zumindest in einem Fall erwogen⁸⁶¹, in einem anderen Fall jedoch die reine Existenz des zugrunde liegenden Pachtvertrags nicht als Geschäftsgrundlage des Dauerschuldverhältnisses mit dem Lieferanten angesehen⁸⁶².

Problemfälle dieser Art sind man ebenfalls mit der vertraglichen Risikoverteilung zu lösen. Der Abnehmer schließt den Miet-/Pachtvertrag für seinen Betrieb ab, ihm obliegt es, Laufzeiten oder Kündigungsmöglichkeiten zu verhandeln. Sind daher innerhalb des Sukzessivlieferungsvertrages der Pachtvertrag und seine Laufzeit nicht zur ausdrücklichen Geschäftsgrundlage gemacht worden, wird man dem Abnehmer kein Anpassungsrecht und erst recht kein außerordentliches Kündigungsrecht für die Belieferung einräumen können, da dem Käufer und Abnehmer das Weiterverwendungsrisiko auch bzgl. der bezogenen Waren obliegt⁸⁶³. Ein außerordentliches Kündigungsrecht kann dem Abnehmer daraus nicht ohne weiteres erwachsen.

- Sonstige Vertragsstörungen

Wenn sich Streitigkeiten zwischen den Parteien häufen, stellt sich die Frage, ob allein daraus ein Grund für eine außerordentliche Kündigung abgeleitet werden kann. Denn immerhin erscheint es nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass dadurch das erforderliche Vertrauensverhältnis der Parteien zerrüttet werden könnte⁸⁶⁴. Andererseits werden Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien im Laufe einer langfristigen Bezugsbindung immer wieder auftreten. Es fällt schwer, eine allgemeingültige Grenze zu ziehen, da jeder Einzelfall anders liegen mag. So hatte der BGH⁸⁶⁵ einen Fall zu entscheiden, in dem sich die Streitigkeiten bis zu

kündigen, er habe den Betrieb seinem Nachfolger übergeben, OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, Az. 1 U 42/99

⁸⁶⁰ Hierzu s. o., Kap. E IV

⁸⁶¹ BGH LM § 242 (Bc) Nr. 10; BGH WM 1977, 112

⁸⁶² Dies betraf einen Automatenaufstellvertrag, BGH LM § 157 (A) Nr. 14; BGH WM 1971, 243, selbst wenn die Laufzeit des Pachtvertrages dem Lieferanten bekannt war.

⁸⁶³ BGH NJW 1985, 2693 mit Anm. Bunte, EWIR 1985, 137

⁸⁶⁴ Wolf/Horn/Lindacher, § 9 Rz. V 42 sehen ein schweres Zerwürfnis der Parteien eines Vertragshändlervertrages zumindest als möglichen Grund für eine außerordentliche Kündigung

⁸⁶⁵ BGH NJW 1978, 822

Zahlungsklagen des Lieferanten gegen den Abnehmer zuspitzten. Die Ansicht des Lieferanten war dabei fehlerhaft, wenn auch nicht von vorneherein unvertretbar. Der BGH hat hier entschieden, dass kein Grund für eine außerordentliche Kündigung vorlag. Dem ist zuzustimmen. Gerichte in Anspruch zu nehmen, um vermeintliche Ansprüche geltend zu machen, gehört zu den üblichen Gepflogenheiten im Geschäftsverkehr, selbst wenn die Klage letztendlich nicht erfolgreich ist⁸⁶⁶. Die Anrufung eines Gerichts ist im Einzelfall daher grundsätzlich hinzunehmen.

Dennoch sind natürlich Fälle denkbar, in denen auch dem Abnehmer ein außerordentliches Kündigungsrecht zugestanden werden muss. Ein solches ist einem Abnehmer zugebilligt worden, dessen Lieferant im Rahmen einer langfristigen Bezugsbindung seine Vertragspflichten verletzt hatte, in dem er die Preise für die zu beziehenden Waren für den Abnehmer nachteilig einseitig gestaltete⁸⁶⁷. Allerdings war auch hier das Erfordernis der erfolglosen Abmahnung einzuhalten⁸⁶⁸.

In der Praxis beanstanden Abnehmer von verpflichteten Waren häufig die Belieferung anderer, konkurrierender Vertriebsstätten durch den Lieferanten mit eben diesen Vertragswaren. Sukzessivlieferungsverträge mit einer Bezugsverpflichtung sind jedoch in der Regel nicht als Alleinvertriebssysteme aufgebaut⁸⁶⁹, so dass Lieferungen des Lieferanten an Konkurrenten des Abnehmers zulässig sein müssen. Der Abnehmer kann sich nicht auf einen derartigen Konkurrenzschutz berufen, wenn er sich nicht ausnahmsweise einen entsprechenden Gebietsschutz vertraglich vorbehalten hat. Er hat demzufolge in der Regel kein Kündigungsrecht, wenn der Lieferant weitere Abnehmer mit der Vertragsware beliefert⁸⁷⁰.

Wird die Absatzstätte durch Kriegseinwirkung oder Brand zerstört und kann der Abnehmer sie mangels eigener Mittel nicht mehr wieder aufbauen, besteht ein außerordentliches Kündigungsrecht für den Abnehmer⁸⁷¹. Baut der Abnehmer das zerstörte Objekt allerdings wieder auf, muss die Bezugsverpflichtung erfüllt werden, da sich der Abnehmer auf diese Weise nicht der Bezugsverpflichtung entziehen kann.

Auf die Bedeutung von Rechtsnachfolgeregelungen auf Seiten des Lieferanten ist bereits hingewiesen worden⁸⁷². Gibt etwa der Lieferant seine Produktion auf oder veräußert er seinen Betrieb mit der Folge, dass der Abnehmer Produkte mit einer anderen Markenbezeichnung abzunehmen hat⁸⁷³, soll nach der Rechtsprechung

⁸⁶⁶ Werden jedoch im Zusammenhang mit einem Pachtvertrag erhebliche Mängel trotz mehrfacher Aufforderungen nicht beseitigt, kann sich daraus ein außerordentliches Kündigungsrecht ergeben, OLG Düsseldorf vom 10. 2. 1994, 10 U 50/93

⁸⁶⁷ BGH WM 1975, 850

⁸⁶⁸ BGH MDR 1976, 508; vgl. hierzu Kapitel H II. 2. 1.

⁸⁶⁹ v. Braunmühl in: Ahlert, S. 412

⁸⁷⁰ OLG Nürnberg NJW 1965, 1919

⁸⁷¹ BGH BB 1953, 339; vgl. OLG Saarbrücken vom 11. 10. 1995, 1 U 864/94, das in diesem Fall § 323 BGB a. F. angewendet hat.

⁸⁷² Vgl. oben Kap. E IV

⁸⁷³ BGH WM 1976, 508; BGH NJW 1998, 2286; OLG Zweibrücken OLG-Report 1998, 161; OLG

eine außerordentliche Kündigung im Einzelfall möglich sein. Sofern allerdings die Marke, die Rezeptur bei Lebensmitteln und die Qualitätsmaßstäbe von einem Rechtsnachfolger beibehalten werden, ist nicht ersichtlich, warum dem Abnehmer ein Festhalten an dem Vertrag unzumutbar sein soll und ihm ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen soll⁸⁷⁴, wenn die Geschäftsnachfolge ansonsten zulässig ist. Legt der Vertrag jedoch nur die Sorte der abzunehmenden Ware fest, also nicht z. B. die Marken- oder auch Herkunftsbezeichnung, dürfte darüber hinaus auch die Umbenennung der verpflichteten Ware durch den Lieferanten zulässig sein, ohne dass der Abnehmer dagegen ein außerordentliches Kündigungsrecht anführen könnte⁸⁷⁵. Dies ist von großer Bedeutung bei einer Übernahme oder Fusion des Lieferanten/Produzenten, durch/mit einem Konkurrenten, da die Bereinigung oder Vereinheitlichung des Marken- und Erscheinungsbildes für den Erfolg derartiger Übernahmen/Fusionen wesentlich ist.

Aus dieser Rechtsprechung wird ersichtlich, dass nicht jede Vertragsstörung zu einem außerordentlichen Kündigungsrecht führt. Andererseits kann ein außerordentliches Kündigungsrecht selbst dann entstehen, wenn die Vertragsstörung vom Verursacher nicht zu vertreten ist. Die Differenzierung in § 314 II BGB selbst macht deutlich, dass auch das Gesetz nicht zwingend eine Pflichtverletzung für das außerordentliche Kündigungsrecht vorsieht. In der Tat ist von einem Stufenverhältnis auszugehen: Da die außerordentliche Kündigung die „ultima ratio“ für die Beendigung eines an sich laufenden Vertrages sein kann, ist vorher zu prüfen, ob die betreffende Vertragsstörung zunächst überhaupt ein derartiges Gewicht hat, dass sie nicht hingenommen zu werden braucht. Sodann muss geklärt werden, ob speziellere gesetzliche oder vertragliche Anpassungsmaßnahmen greifen. Solange eine Vertragsstörung nicht das Ausmaß erreicht, dass eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann, solange kann einem Vertragspartner auch zugemutet werden, Maßnahmen unterhalb der Schwelle einer außerordentlichen Kündigung zu ergreifen⁸⁷⁶.

Karlsruhe vom 6. 2. 1997, 12 U 266/96

⁸⁷⁴ Vgl. BGH NJW 1998, 2286

⁸⁷⁵ BGH NJW 1998, 2296 ist hier anderer Ansicht; das Gericht verkennt jedoch die Bedeutung der Begriffe „Sorte“ und „Marke“. Bereits in den Erläuterungen der EG-Kommission zur strengen EG-VO 1984/83, Ziffer 40 (abgedruckt in Wahl, S. 78 ff.), ist ausgeführt, dass die bloße Änderung der Marke keinen Einfluss auf die Alleinbezugspflicht hat

⁸⁷⁶ Ähnlich wie hier Oetker, S. 357 f. zum Verhältnis des Leistungsstörungsrechts a. F. und der außerordentlichen Kündigung

II. 2. Formale Voraussetzungen für außerordentliche Kündigungen

Mit einer außerordentlichen Kündigung wird das Dauerschuldverhältnis für die Zukunft beendet⁸⁷⁷. Bevor diese ausgesprochen werden kann, müssen neben der Voraussetzung eines wichtigen Kündigungsgrundes, § 314 I 2 BGB, einige weitere, formale Voraussetzungen beachtet werden.

II. 2. 1. Die Abmahnung

Besteht der außerordentliche Kündigungsgrund in einer Pflichtverletzung, sieht § 314 II 1 BGB explizit vor dem Ausspruch einer außerordentlichen Kündigung eine Abmahnung bzw. eine Fristsetzung zur Abhilfe vor, es sei denn, die erforderliche Vertrauensbasis sei unwiederbringlich zerstört⁸⁷⁸. Die Setzung einer Nachfrist vor dem Ausspruch einer Kündigung ist dadurch gerechtfertigt, dass erst der erfolglose Ablauf der Frist für alle Seiten Klarheit darüber schafft, ob die Vertrauensgrundlage endgültig beseitigt ist. Der Kündigungsgegner ist in diesem Fall nicht mehr schutzwürdig⁸⁷⁹. Nicht erforderlich ist eine Fristsetzung jedoch dann, wenn eine endgültige Erfüllungsverweigerung vorliegt. Hier wäre eine nochmalige schriftliche Abmahnung ohne Sinn und daher entbehrlich, §§ 314 II 2, 323 II BGB⁸⁸⁰. Diese Obliegenheit zur Abmahnung und Fristsetzung darf auch im kaufmännischen Verkehr nicht formularmäßig abbedungen werden, §§ 309 Nr. 4 BGB (§ 11 Nr. 4 AGBG), § 307 I BGB (§ 9 I AGBG)⁸⁸¹.

II. 2. 2. Fristen für die Kündigungserklärung

Soll ein außerordentliches Kündigungsrecht ausgeübt werden, ist darauf zu achten, dass darüber nicht zuviel Zeit verloren geht. Will der Lieferant z. B. wegen Nichterfüllung der Mindestabnahmepflicht aus einer Bezugsverpflichtung außerordentlich kündigen, muss er auf diese Vertragsverletzung innerhalb eines angemessenen Zeitraums reagieren. Denn bleibt ein Vertragspartner angesichts eines Sachverhalts, der eine außerordentliche Kündigung grundsätzlich rechtfertigen

⁸⁷⁷ MüKo-Kramer, Einl. § 241 – 432, Rz. 102; evtl. Schadensersatzansprüche bleiben unberührt, § 314 IV BGB, vgl. auch Kap. i.

⁸⁷⁸ Das war bereits unter dem alten Schuldrecht erforderlich, BGH MDR 1976, 834; BGH BB 1981, 872; BGH NJW 1992, 497

⁸⁷⁹ Jickeli, S. 317; Martinek/Semler, § 15, Rz. 57

⁸⁸⁰ BGH NJW-RR 2001, 987 mit Anm. Armbrüster, EWiR 2001, 309; als Beispiel mag die einseitige Schließung des Absatzobjekts durch den Abnehmer dienen, vgl. LG Köln NJW-RR 1994, 242

⁸⁸¹ BGH NJW 1986, 842 mit Anm. von Löwe, EWiR 1986, 213

könnte, passiv, gibt er damit möglicherweise zu erkennen, dass dieser Sachverhalt für ihn nicht die Schwere aufweist, um das Vertragsverhältnis nicht mehr fortsetzen zu können⁸⁸². Diese „angemessene“ Frist ist heute nach § 314 III BGB auch gesetzlich als Voraussetzung normiert. Voraussetzung ist natürlich, dass der Betroffene den entsprechenden Sachverhalt auch kennt⁸⁸³.

Eine gewisse Beobachtungs-, Ermittlungs- und Überlegenszeit wird man daher demjenigen, der ein Kündigungsrecht für sich in Anspruch nimmt, einräumen. Wie kann diese Frist bemessen werden? In § 626 II BGB ist für Dienstverträge eine Zwei-Wochen-Frist vorgesehen. Für die analoge Übernahme dieser Regelung spricht, dass der Vertragspartner innerhalb einer kurzen Frist wissen muss, ob außerordentlich gekündigt wird oder der Vertrag fortzusetzen ist⁸⁸⁴. Andererseits kann der Vertragspartner im Einzelfall nicht wissen, ab wann genau die Frist mit der positiven Kenntnis des Kündigungsberechtigten vom Kündigungsgrund zu laufen beginnt. Eine solche analoge Anwendung des § 626 II BGB wird keine hinreichende Sicherheit bringen, so dass diese Vorschrift hier nicht entsprechend heranzuziehen ist⁸⁸⁵. Außerdem ist § 626 II BGB Teil des Dienst- und Arbeitsvertragsrechts, in dem, mehr noch als im Vertriebsrecht, die persönliche Bindung der Parteien eine wesentliche Rolle spielt.

In Anlehnung an die Rechtsprechung zum Recht des Handelsvertreters wäre dagegen ein mehr als zweimonatiges Zuwarten als ein nicht mehr angemessener Zeitraum anzusehen⁸⁸⁶. Dies erscheint gerechtfertigt, da ein über zwei Monate langer Zeitraum unter gleichzeitiger weiterer Vertragsabwicklung in der Regel nicht belegt, dass das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien unwiederbringlich erschüttert ist.

Für komplexe, vielgestaltige Sukzessivlieferungsverträge mit Lieferungs- und Absatzschwankungen kann ein fest definierter Zeitrahmen daher nicht die richtige Lösung für eine Frist im Sinne des § 314 II 1 BGB sein. Die vorgenannten Zeitmarken mögen einen Rahmen von zwei Wochen bis zwei Monate auch für sonstige Dauerschuldverhältnisse bilden. Ansonsten ist auch hier jeweils der Einzelfall zu bewerten. Der Verzicht auf die Nennung eines konkreten Zeitraums im § 314 III BGB entspricht diesem Erfordernis zur Flexibilität⁸⁸⁷.

⁸⁸² Auch wenn im Schweigen kein Verzicht auf das Kündigungsrecht gesehen werden kann, Oetker, S. 311

⁸⁸³ Palandt-Putzo, 63. Aufl., § 626 Rz. 23 f. m. w. N.; Armbrüster/Wiese DStR 2003, 341

⁸⁸⁴ BGH DB 1980, 968

⁸⁸⁵ Jauernig-Vollkommer, § 314, Rz. 7; Oetker, S. 308 f.

⁸⁸⁶ BGH WM 1983, 20; BGH NJW-RR 1992, 1059 mit Anm. v. Hoyningen-Huene, EWiR 1992, 797; BGH ZIP 1994, 293 mit Anm. von Schwerdtner, EWiR 1994, 279

⁸⁸⁷ BT-Drucksache 14/6040, S. 178 f.; ebenso zum alten Schuldrecht BGH NJW 1982, 641

II. 3. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich feststellen, dass die Rechtsprechung die außerordentliche Kündigung eines langfristigen Sukzessivlieferungsvertrags nur restriktiv zugelassen hat. Im Vordergrund steht das Bemühen, langfristige Vertragsverhältnisse zu bewahren, selbst wenn es in der Vertragsabwicklung Schwierigkeiten zwischen den Vertragspartnern geben mag. Mit der Aufnahme der Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung in den neuen § 314 BGB ist diese bisherige Rechtsprechung in Gesetzesform gegossen worden, ohne grundsätzlich neue Aspekte darin einzuführen⁸⁸⁸. Daraus folgt, dass die bisherige Rechtsprechung auch bei Fällen, die dem neuen § 314 BGB unterliegen, grundsätzlich anwendbar bleibt.

Lieferanten, die im Wege einer vorformulierten Klausel einen Beispielkatalog mit Gründen für eine außerordentliche Kündigung in den Vertrag aufnehmen, können damit eher eine Vertragsbeendigung durch eine außerordentliche Kündigung erreichen, als ihre Abnehmer. Voraussetzung ist natürlich die Vereinbarkeit dieser Klauseln mit dem AGB-Recht, insbesondere darf dem Abnehmer die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung nicht verschlossen bleiben.

Denn auch der Abnehmer, der Teil des Vertriebssystems des Lieferanten ist, kann sich grundsätzlich auf einen Kündigungsgrund im Sinne des § 314 BGB berufen, auch wenn ihm das in der Praxis nur im Ausnahmefall gelingen mag. Das liegt im wesentlichen daran, dass die Gründe, auf die sich Abnehmer in den von den Gerichten entschiedenen Fällen berufen, in der Regel in ihrer eigenen Risikosphäre anzusiedeln sind. Bei der Auswertung der Rechtsprechung ist zu berücksichtigen, dass zur Risikosphäre des Abnehmers auch die Umstände gehören, die er im Einzelfall nicht in sein Kalkül gezogen hat, etwa wenn er nicht mit der Kündigung seiner Absatzstätte durch den Vermieter rechnet. Maßgeblich ist, dass er dafür zu sorgen hat, die Rahmenbedingungen für seinen Betrieb auf die Laufzeit und den Inhalt des Sukzessivlieferungsvertrages anzupassen. Für Gattungsschulden, etwa Rückzahlungspflichten aus einem im Zusammenhang mit der Bezugsbindung gegebenen Darlehen, liegt das Risiko der finanziellen Leistungsfähigkeit des Abnehmers als Schuldner gem. § 279 BGB a. F. ohnehin schon immer in seiner Sphäre. Nach der Schuldrechtsreform vom 1. 1. 2002 ist dieser Rechtsgedanke der Risikoverteilung in verallgemeinerter Form in den § 276 I BGB aufgenommen worden⁸⁸⁹. Der Abnehmer, der sich langfristig im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages bindet und sich ggf. einer Bezugsverpflichtung unterwirft, muss diese Risikoaufteilung vor dem Vertragsabschluss streng beachten. Im Zweifel muss er andere Risikoaufteilungen aushandeln und in das Vertragsverhältnis integrieren, § 276 I BGB, damit er sich im Laufe der Vertragsabwicklung auf geänderte Umstände als Grund für eine außerordentliche Kündigung berufen kann.

⁸⁸⁸ BT-Drucksache 14/6040, S. 177

⁸⁸⁹ BGHZ 107, 102; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 276 Rz. 28

i. Rechtsfolgen einer außerordentlichen Kündigung

Wird eine langfristige Bezugsbindung mit einer diese rechtfertigenden Gegenleistung ordnungsgemäß abgewickelt, entstehen grundsätzlich keine nachfolgenden Pflichten. Davon ausgenommen sind einzelne Abwicklungspflichten, wie z. B. die Rückgabe einer Pacht- oder Leihsache.

Wird ein derartiger Sukzessivlieferungsvertrag mittels einer außerordentlichen Kündigung beendet, ist dagegen hinsichtlich der dann eintretenden Rechtsfolgen zu differenzieren. Zunächst werden auch hier die noch bestehenden Gegenleistungen abgewickelt. Das bedeutet, dass ein pachtweise überlassenes Absatzobjekt vertragsgemäß zurückgegeben werden muss. Ein Darlehen ist, sofern es noch valutiert, zurückzuerstatten⁸⁹⁰. Ebenso müssen bereits erfolgte Lieferungen bezahlt werden. Bestehende Gewährleistungen bleiben bestehen. Die primären Lieferungspflichten aus dem Sukzessivlieferungsvertrag für die Zeit nach der außerordentlichen Kündigung entfallen.

Erfolgt die außerordentliche Kündigung auf Grund einer Pflichtverletzung einer Partei, stellt sich außerdem die Frage nach eventuellen Schadensersatzansprüchen. Da derartige Vertragsverletzungen, wie im voran gegangenen Kapitel dargelegt, die häufigsten Gründe für außerordentliche Kündigungen darstellen, bedarf es der Untersuchung eines eventuell darauf beruhenden Schadens.

I. Schadensersatz im Falle einer außerordentlichen Kündigung

Schon vor der Schuldrechtsmodernisierung stellte sich bei der Beendigung eines langfristigen Bezugsverhältnisses mittels einer außerordentlichen Kündigung die Frage, ob es eventuell neben der ungeplanten Beendigung noch weitere Haftungskonsequenzen geben konnte. Immerhin trennte das frühere BGB gemäß § 325 I 1 BGB a. F. zwischen der Rückgängigmachung des Vertrages und einem Nichterfüllungsschaden⁸⁹¹. Man hätte also zunächst meinen können, es bliebe kein Raum mehr für einen Schadensersatz, wenn die Alternative einer außerordentlichen Kündigung gewählt wurde⁸⁹².

Zur Lösung dieser Frage half ein Blick auf § 626 BGB. Dieser war vor der Schuldrechtsmodernisierung maßgeblich für das Recht der außerordentlichen

⁸⁹⁰ Handelt es sich bei dem Darlehen um ein so genanntes Abschreibungsdarlehen, vgl. oben Kap. C II 1, so ist der bis dahin noch nicht abgeschriebene Restbetrag zurückzuzahlen, vgl. BGH NJW 1998, 602.

⁸⁹¹ Parallel auch in § 326 I 2 BGB a. F.

⁸⁹² v. Scheven, S: 135 f.

Kündigung⁸⁹³. In diesem Fall sah § 628 II BGB einen Schadensersatzanspruch für den außerordentlich Kündigenden vor, wenn ein Beendigungsschaden vorlag. Diese Vorschrift wurde als Schadensersatzgrundlage über die Anwendung bei reinen Dienst- bzw. Arbeitsverhältnissen hinaus analog auch auf weitere Dauerschuldverhältnisse angewendet, soweit für die außerordentliche Kündigung auf § 626 BGB zugegriffen wurde⁸⁹⁴. Falls dieser Beendigungsschaden nach § 628 II BGB deckungsgleich mit einem Nichterfüllungsschaden für die zukünftigen, nicht abgenommenen Waren war, konnte er somit über diese Anspruchsgrundlage geltend gemacht werden⁸⁹⁵.

Vor 2002 fand sich zur Absicherung des Lieferanten häufig eine vergleichbare Klausel in Vertragsformularen, die besagte, dass eine Kündigung eventuelle Schadensersatzansprüche nicht beseitigt⁸⁹⁶. Diese Klausel konnte über den neuen § 314 IV BGB übernommen werden, der ja die vorher bereits bejahte Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bei Dauerschuldverhältnissen lediglich kodifiziert⁸⁹⁷, da die vereinbarte Abnahme der verpflichteten Waren zu den Hauptleistungspflichten des Abnehmers gehört⁸⁹⁸. Nach der Schuldrechtsmodernisierung lässt § 314 IV BGB heute die Frage nach einem Schadensersatz gemäß § 281 BGB (§ 326 BGB a. F.) daher ausdrücklich zu⁸⁹⁹. Eine zusätzliche Fristsetzung gemäß § 281 I 1 BGB ist entbehrlich, weil diese mit der erforderlichen Abmahnung gemäß § 314 II BGB zusammenfällt⁹⁰⁰.

Zur Höhe des Schadensersatzanspruchs, der sich aus dem entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB ableitet, haben sich einige Grundsätze herausgebildet: Der Schadensersatzanspruch für die zukünftige Nichterfüllung besteht entsprechend der Differenzmethode aus den noch ausstehenden Entgelten, sowie anderweitigen Erträgen⁹⁰¹ abzüglich ersparter Aufwendungen für die noch ausstehende Laufzeit bzw. bis zum nächsten ordentlichen Beendigungstermin⁹⁰². Dabei kann nur der Netto-Betrag verlangt werden, da ein Schadensersatz nicht zu versteuern ist. Es liegen hier ja gerade keine Umsatzgeschäfte vor, so dass die Entgelte nicht der

⁸⁹³ S. o. Kap. H. II.

⁸⁹⁴ So bereits Hueck, S. 119; Oetker, S. 368 ff. m. w. N.; Vierhuß NJ 2003, 34

⁸⁹⁵ Ständige Rechtsprechung seit RGZ 64, 385; BGHZ 82, 129; BGHZ 94, 194; BGHZ 95, 43; BGH NJW 1984, 2687; zum Sukzessivlieferungsvertrag BGH WM 1981, 332 f.; Palandt-Putzo, 60. Auflage § 628 Rz. 2. Erman/Belling, 10. Aufl., § 628, Rz. 18; Gessert, S. 251; Gernhuber, § 16 II 9; Gollub, S. 99; Oetker, S. 370, 631

⁸⁹⁶ BGH NJW 1998, 602 hält diese Klausel für unbedenklich

⁸⁹⁷ Vgl. oben, Kap. H II.

⁸⁹⁸ Gruber NZM 1999, 1076

⁸⁹⁹ Ein Unterschied in der Berechnung der Schadenshöhe als Nichterfüllungsschaden im Sinne des § 326 BGB a. F. und dem „Schadensersatz statt der Leistung“ gemäß § 281 I BGB ist mit der Schuldrechtsreform nicht verbunden. Für Verträge, die vor dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurden, galt der § 326 BGB a. F. nach dem Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB bis zum 31. 12. 2003 weiter.

⁹⁰⁰ Jauernig/Vollkommer § 314, Rz. 8; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314, Rz. 11;

⁹⁰¹ BGHZ 82, 129, BGHZ 94, 194; BGH NJW 1996, 456; ein Schadensersatzanspruch gegen den außerordentlich Gekündigten entfällt jedoch, wenn auch dieser seinerseits zu einer außerordentlichen Kündigung berechtigt war, BGHZ 44, 277; BGH NJW 81, 1265

⁹⁰² BGHZ 82, 130; BGHZ 95, 147; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314, Rz. 11

Umsatzsteuer unterliegen⁹⁰³. Ein Schadensersatzanspruch ist außerdem angemessen für die Restlaufzeit abzuzinsen⁹⁰⁴.

II. Besondere Probleme bei der Schadensberechnung

Trotz dieser allgemein anerkannten Grundsätze gibt es im Einzelfall immer wieder besondere Probleme bei der konkreten Schadensberechnung für Sukzessivlieferungsverträge mit einer Bezugsverpflichtung, bei denen der Lieferant zu Recht außerordentlich kündigt.

II. 1. Gegenstand des Schadensersatzes

In der Regel sind bei den hier behandelten Verträgen Schadensersatzansprüche des Lieferanten Gegenstand der Rechtsprechung. Obwohl die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung grundsätzlich auch dem Abnehmer eröffnet ist, sind derartige Kündigungen von seiner Seite selten erfolgreich. Daraus folgende Schadensersatzansprüche zu seinen Gunsten waren daher, soweit ersichtlich, nicht Gegenstand von Prozessen.

Ein auf die §§ 314 IV, 281 I BGB gestützte Schaden besteht darin, dass der Lieferant für die in der Restlaufzeit des Vertrages nicht abgenommenen Warenmenge kein entsprechendes Entgelt erhält, so dass ihm gemäß § 252 BGB der entsprechende Gewinn entgeht⁹⁰⁵. Maßstab für die Berechnung der Höhe des Schadensersatzes ist daher zum einen die Menge der noch nicht abgenommenen Waren und sind zum anderen die Preise für diese nicht abgenommenen Waren. Insofern kann der geschädigte Lieferant mit seinem Schaden nach § 252 S. 2 BGB auf hinreichend bestimmte Anknüpfungspunkte verweisen, die es erlauben darzulegen, welchen Gewinn er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erzielt hätte⁹⁰⁶.

⁹⁰³ OLG Stuttgart vom 18. 3. 1999, 13 U 188/98; MüKo-Oetker, § 252, Rz.13; Lange, S. 367

⁹⁰⁴ BGH WM 1985, 860; BGH NJW 1998, 602; BGH NJW 2001, 1136 mit Anm. von Tintelnot, EWiR 2001, 737; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 314, Rz. 11; Lange, S. 347

⁹⁰⁵ BGH ZIP 1989, 450; BGH NJW 1998, 602; OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, 1 U 42/99; Martinek/Semler, § 41, Rz. 34

⁹⁰⁶ BGH WM 1979, 493; BGH WM 1984, 88; BGH WM 1985, 608

II. 1. 1. Preise als Wertmaßstab der Schadensberechnung

Liegt der Bezugsverpflichtung, wie es in der Regel der Fall ist, eine Preisliste zugrunde, kann die Höhe des Schadensersatzes für die nicht abgenommene Einheit zweifelsfrei ermittelt werden. Konnte der Abnehmer im Warensortiment zur Erfüllung seiner Abnahmepflicht zwischen teureren und billigeren Waren wählen, kann die für den Abnehmer günstigste Auslegung zum Zuge kommen, das heißt, der niedrigste Preis ist dann maßgeblich für die Berechnung des Schadensersatzes⁹⁰⁷.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass der Lieferant auch etwas einspart, wenn er den ehemaligen Abnehmer nicht mehr beliefert. Die Berechnungsgrundlage für den Schadensersatz stellt daher die Differenz zwischen dem Interesse an der Erfüllung der Bezugsverpflichtung und den von dem Lieferanten ersparten Aufwendungen dar. In den hier behandelten Verträgen bedeutet dies die Differenz zwischen dem Abnehmer-Verkaufspreis einerseits und dem (niedrigeren) Einkaufs-⁹⁰⁸ oder Herstellungspreis⁹⁰⁹ des Lieferanten andererseits. Es kommt also hier darauf an, auf welcher Handelsstufe der Lieferant steht.

- Der Einkaufspreis des Händlers als Grundlage

Ist der Lieferant lediglich Großhändler, braucht dann zur Berechnung nur sein eigener effektiver Einkaufspreis angesetzt zu werden. Häufig kommen dem Lieferanten Rabatte, Rückvergütungen oder Boni durch den Erstlieferanten zugute. Handelt es sich hierbei um übliche, regelmäßige Preisreduzierungen, müssen diese vom offiziellen Listenpreis des Vorlieferanten abgezogen werden, da diese Preise die Geschäftsstruktur des geschädigten Lieferanten widerspiegeln⁹¹⁰.

- Der Herstellungspreis des Produzenten als Grundlage

Ist der Herstellungspreis des Lieferanten/Produzenten die maßgebliche Größe, muss im Einzelfall bestimmt werden, welche Herstellungskosten der Lieferant vom Verkaufspreis abziehen kann.

Die Herstellungskosten teilen sich in so genannte variable und fixe Kosten auf. Die fixen Kosten entsprechen den Generalunkosten des Produzenten, welche ungeachtet des einzelnen Auftrags anfallen, so z. B. die Kosten der Herstellungsanlagen, der Grundentlohnung der Belegschaft, des Fuhrparks, der Versicherungen des Betriebs. Es sind also die Kosten, die die Betriebsbereitschaft,

⁹⁰⁷ OLG Stuttgart vom 18. 3. 1999, 13 U 188/98; Gessert, S. 310

⁹⁰⁸ RGZ 60, 346 f.; BGH BB 1960, 684; BGH ZIP 1989, 450; OLG Naumburg, NJW-RR 2001, 720 f.; Lange, Schadensersatz, S. 347

⁹⁰⁹ RG JW 1919, 445; MüKo-Oetker, § 252, Rz. 46; Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 281, Rz. 30

⁹¹⁰ Vgl. BGHZ 62, 103; Emmerich, Leistungsstörungen, S. 216

die Unterhaltung der Produktions- und der Vertriebsanlagen garantieren und solche, die mit der Betriebsführung und der Verwaltung des Betriebs zusammenhängen. Die fixen Kosten fallen für den Lieferanten/Produzenten ohnehin an, einerlei, ob der gebundene Abnehmer Waren abnimmt oder nicht.

Die variablen Kosten sind die Kosten, die gerade für den einzelnen, individuellen Auftrag entstehen, so z. B. die Materialien oder die Transportkosten für diesen speziellen Auftrag. Es sind also die Kosten, die im Produktionsbereich (Rohstoffe, anteilige Energie- und Wasserkosten, Gebinde, Personalkosten, eventuell anfallende Spezialsteuern wie Bier- oder Sektsteuer) anfallen. Außerdem umfassen sie auch die variablen Kosten des Vertriebs, z. B. die variablen Transportkosten wie Kraftstoff, Öl, usw., sowie auch die von Verkaufshilfen⁹¹¹.

Die Fixkosten bleiben daher als Kosten, die dem Lieferanten unabhängig von dem entgangenen Absatz entstehen, außerhalb der Schadensbetrachtung. Denn diese Aufwendungen entstehen für den Produzent/Lieferant auch dann, wenn ein Abnehmer seine Bezugsverpflichtung nicht erfüllt. Sie werden in der Differenzbetrachtung „Verkaufspreis abzüglich Herstellungs- (bzw. Einkaufs-) preis“ nicht beachtet, wenn der Abnehmer Schadensersatz schuldet⁹¹².

Dem Lieferanten entgeht damit nur der Deckungsbeitrag, d. h. die Differenz zwischen dem entgangenen Erlös und den durch die Nichtausführung dieses Auftrags eingesparten variablen Kosten⁹¹³. Grundsätzlich muss der Lieferant, der einen Schaden vorträgt, auch die Grundlagen bzw. die Anhaltspunkte für die von ihm geltend gemachten, entgangenen Gewinne darlegen⁹¹⁴. Dazu muss er seine Kostenstruktur offen legen, die Darstellung nur einzelner Positionen ist nicht schlüssig⁹¹⁵.

II. 1. 2. Die noch abzunehmende Bezugsmenge als Schadensmaßstab

Steht der entgangene Gewinn je verkaufter Einheit fest, gilt es, diesen Betrag auf die noch abzunehmende und infolge der berechtigten außerordentlichen Kündigung durch Schadensersatz abzugeltende Bezugsmenge hochzurechnen. War in dem Sukzessivlieferungsvertrag mit einer Bezugsverpflichtung eine Mindestabnahme

⁹¹¹ Emmerich, Leistungsstörungen, S. 216; vgl. hierzu Gabler Wirtschaftslexikon, 13. Aufl., 1995, Band 3, unter „fixe Kosten“ oder ähnliche betriebswirtschaftliche Fachliteratur

⁹¹² RG JW 1937, 797; BGH WM 1989, 645 mit Anm. Schiemann, EWiR 1989, 331; BGHZ 119, 283 mit Anm. Berg-Grünenwald, EWiR 1992, 1101; MüKo-Oetker, § 252, Rz. 46

⁹¹³ Auch „Rohgewinn“ genannt, Emmerich, Leistungsstörungen, S. 216; die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass bestimmte fixe Kosten in einem Einzelfall generell nicht anfallen, obliegt dem schädigenden Vertragspartner, BGHZ 109, 69, Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 281, Rz. 33; Erman-Kuckuk, 10. Aufl., § 252, Rz. 10

⁹¹⁴ MüKo-Oetker, § 252, Rz. 37

⁹¹⁵ BGH WM 1999, 2510 f.; BGH NJW 2001, 1136 mit Anm. Tintelnot, EWiR 2001, 737

vereinbart, stellt sich die Frage, ob dies die maßgebliche Menge für die Schadensersatzberechnung darstellt, abzüglich der bereits abgenommenen Anzahl von verpflichteten Produkten.

- Die vertraglich vereinbarte Mindestmenge als Grundlage

In den hier behandelten Bezugsverträgen finden sich sehr häufig neben den zeitlichen Befristungen auch Regelungen über die abzunehmende Gesamtmenge eines Produkts. Diese kommt als zweite Grundlage für die Berechnung des Schadensersatzes in Betracht. Eine bei Vertragsabschluß einseitig vom Lieferanten festgesetzte, aber illusorische Mindestabnahme kann dann nicht Grundlage eines Schadensersatzes sein, wenn sie der Abnehmer im Verlauf der abgewickelten Vertragszeit nie erreichen kann. Hier ist dann auf diejenige Menge als Schadensgrundlage zurück zu greifen, die der Abnehmer bei einer weiteren reibungslosen Vertragsdurchführung auf der Grundlage der bisher im Durchschnitt abgenommenen Jahresmenge voraussichtlich auch in Zukunft bezogen hätte⁹¹⁶.

In solchen Fällen ist es auch im Hinblick des § 252 S. 2 BGB gerechtfertigt, die vertraglich fixierte Abnahmemenge zu vernachlässigen. Denn in der Praxis wird in einem Vertrag bei der Angabe der Mindestbezugsmenge oft keine realistische Prognose der tatsächlich abzusetzenden Menge in der Absatzstätte erarbeitet. Häufig wird vom Lieferanten die Mindestbezugsmenge rechnerisch zur Gegenleistung in Bezug gesetzt, die dem Abnehmer zur Rechtfertigung der Bezugsbindung gewährt wird. In der Regel wird das Unternehmen des Lieferanten für eine geringe Mindestabnahmemenge keine hohe Darlehenssumme leisten. Daher wird in solchen Fällen häufig im stillen Einvernehmen zwischen dem Außendienstmitarbeiter des Lieferanten und dem künftigen Abnehmer diejenige Mindestabnahmemenge in den Vertrag aufgenommen, die der Außendienstmitarbeiter als Gegenleistung im eigenen Hause vertreten kann. Der Abnehmer, der diese Mindestmenge vertraglich akzeptiert, hat sich nun zwar vertraglich gebunden⁹¹⁷. Wenn sich diese Prognose jedoch auf Vorgaben des Verkaufsaußendienst und nicht auf eine fundierte, von beiden Seiten gestützte betriebswirtschaftliche Untersuchung stützt⁹¹⁸, dann wird man den Abnehmer mit Hinweis auf die §§ 311 II, 241 II BGB nicht für den Erfüllungsschaden der im Vertrag bezifferten, aber illusorischen Vertragsmenge haften lassen können. Zutreffenderweise ist dann als Bemessungsgrundlage auf die durchschnittlich tatsächlich bezogenen Mengen in der Vergangenheit für den Schadensersatz zurück zu greifen. Ein solcher Weg ist auch bei Verträgen mit Bezugsverpflichtungen

⁹¹⁶ Vgl. § 252 S. 2 BGB: BGH NJW 1979, 865; BGH ZIP 1984, 335; BGH NJW 1985 mit Anm. von Bunte, EWIR 1985, 137; Martinek/Semler, § 41, Rz. 36

⁹¹⁷ Seriöse Lieferanten sehen für den Fall der Abweichung von der ratierlich vereinbarten Mindestabnahmemenge eine Vertragsanpassung vor.

⁹¹⁸ Dessen erfolgsorientierte Bezahlung häufig auch an der erreichten Menge, die vertraglich gebunden wurde, gemessen wird

vorzuziehen, die keine fest verpflichteten Abnahmemengen enthalten, sondern lediglich den „Gesamtbedarf“ des Abnehmers ohne Mengenangabe verpflichten.

Eine im Vertrag festgelegte Mindestbezugsmenge kann jedoch dann als Grundlage für die Schadensberechnung hinzugezogen werden, wenn sie von beiden Parteien auf der Basis nachvollziehbarer, betriebswirtschaftlicher Kriterien einvernehmlich in den Vertrag eingesetzt wurde. Die strengere Haftung ergibt sich hier aus dem Inhalt dieses Schuldverhältnisses, § 276 I S. 1, 2. HS BGB.

Darüber hinaus gibt es Fälle, in denen der Abnehmer je Abrechnungsperiode mehr als die vertraglich vereinbarte Mindestbezugsmenge abgenommen hat. Kann der Lieferant dies nachweisen, ist er auch in der Lage, darzulegen, dass im Falle einer reibungslosen Vertragsdurchführung auch künftig eine größere Menge als die gesamte Mindestbezugsmenge abgesetzt worden wäre⁹¹⁹. Hier ist also nicht nur die im Vertrag vereinbarte Absatzmenge als Bemessungsgrundlage für eine Schadensberechnung von Bedeutung, sondern auch die tatsächlich im Durchschnitt der vergangenen Vertragsjahre abgenommenen Jahresmengen⁹²⁰.

Allerdings ist bei der Bemessung der abzugeltenden Bezugsmenge zu beachten, dass die zeitliche höchstzulässige Befristung des Bezugsvertrages die äußerste Grenze bildet⁹²¹, über die ein Geschädigter auch im Falle eines geltend gemachten Schadensersatzes nicht hinausgehen darf⁹²².

- Sind auch fremd bezogene Mengen mit einzurechnen?

Wie dargelegt, spielt der tatsächliche Absatz des Abnehmers eine wesentliche Rolle bei der Berechnung eines Schadens. Hierzu gehören allerdings nicht nur die vom geschädigten Lieferanten bezogenen Waren. Hat der Abnehmer seine Ausschließlichkeitsverpflichtung gegenüber dem Lieferanten dadurch verletzt, dass er die verpflichteten Waren von der Konkurrenz bezog, gehören diese fremd bezogenen Waren ebenfalls zum tatsächlichen Absatz des Abnehmers⁹²³. Der Schaden des Lieferanten bemisst sich dann danach, wie viel er in der restlichen Laufzeit voraussichtlich noch insgesamt an Absatz erzielt hätte⁹²⁴. Bei einer ausschließlichen Bezugsbindung gehört daher auch der vertragswidrig fremd bezogene Absatzanteil zu den insgesamt entgangenen Absatzmengen, § 252 S. 2 BGB.

⁹¹⁹ Gruber NZM 1999, 1076

⁹²⁰ BGH WM 1979, 493; BGH WM 1984, 88; OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, 1 U 42/99; Martinek/Semler, § 41, Rz. 36

⁹²¹ Vgl. oben, Kap. E III. 1.

⁹²² Auch durch die Kopplung einer unkündbaren Bezugszeit mit einer Mindestabnahmemenge kann die maximale Laufzeit im Sinne des § 138 BGB nicht umgangen werden, BGH NJW 1992, 2145; OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, 1 U 42/99

⁹²³ OLG Hamm NJW-RR 1996, 48, auf der Grundlage der positiven Vertragsverletzung

⁹²⁴ BGH NJW 1979, 865; BGH WM 1984, 88; BGH WM 1985, 608

Solche fremd bezogenen Absatzmengen kann der Lieferant in der Regel jedoch nicht aus eigener Erkenntnis darlegen und beweisen. Er ist also über diese Umstände unverschuldet im Unklaren. Der Lieferant ist daher nur dann in der Lage, seinen Schadensersatzanspruch komplett darzulegen, wenn er eine entsprechende Information des Abnehmers erhält, die dieser unschwer geben kann. Liegt ein Fremdbezug vor, wird man daher dem Lieferanten bezüglich der fremd bezogenen Mengen entsprechend § 242 BGB einen Auskunftsanspruch gegen den Abnehmer zusprechen müssen⁹²⁵.

II. 2. Schadenspauschalen

Die dargestellten Grundsätze der Schadensberechnung können für den Lieferanten in ein Dilemma münden. Um einen Ausgleich für seine entgangenen Absätze zu erreichen, strebt er einerseits einen Schadensersatz wegen des vertragswidrigen Verhaltens seines Abnehmers und der daraus folgenden außerordentlichen Kündigung an, Andererseits muss er den Schaden in einem öffentlichen Prozess darlegen und gegebenenfalls beweisen. Damit hat er aber auch seine Kostenstrukturen im Bereich der variablen Produktions- und Vertriebskosten als Anknüpfungspunkte für die Schadensberechnung darzulegen⁹²⁶. Produziert der Lieferant die abzusetzenden Waren nicht selbst, sondern vertreibt er diese als Großhändler, muss er in einem öffentlichen Verfahren seine Einkaufspreise als Berechnungsgrundlage für seinen Schadensersatzanspruch aufdecken. Eine solche Offenlegung betriebswirtschaftlich bedeutsamer Daten möchten Lieferanten in der Regel vermeiden, um ihrer Konkurrenz nicht einen Einblick in ihre Kostenstruktur und damit einen Vergleich mit deren Daten zu ermöglichen. Eine Verschwiegenheitspflicht der Parteien in einem öffentlichen Verfahren existiert nämlich nicht, so dass die Offenlegung derartiger Betriebsinterna für den Lieferanten Wettbewerbsnachteile mit sich bringen könnte⁹²⁷.

Daher werden in vielen Formularverträgen, in denen eine Bezugsverpflichtung im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrags vereinbart wird, Klauseln über so genannte Schadenspauschalierungen für entgangenen Gewinn aufgenommen. Sie unterscheiden sich von eventuell vereinbarten Vertragsstrafen dadurch, dass letztere auch den Entstehungstatbestand mit beinhaltet, um Druck auf den Schuldner zur Einhaltung seiner Verpflichtungen auszuüben. Die Schadenspauschale stellt dagegen lediglich eine Vereinfachung auf der Rechtsfolgenseite dar⁹²⁸. Mit ihr soll die

⁹²⁵ OLG Hamm NJW-RR 1996, 48

⁹²⁶ BGH WM 1999, 2510 f.; BGH NJW 2001, 1136; Jauernig/Teichmann, Vor §§ 249 ff., Rz. 50; Erman-Kuckuk, 10. Aufl., § 252, Rz. 10

⁹²⁷ Jauernig/Teichmann, Vor §§ 249 ff., Rz. 50; Palandt-Heinrichs 63. Aufl., § 281, Rz. 30; so auch angedeutet in Lange, Schadensersatz, S. 355

⁹²⁸ Palandt-Heinrichs, 63. Aufl., § 276, Rz. 26

dargestellte Kostentransparenz in einem öffentlichen Gerichtsverfahren vermieden werden. Ein weiterer Grund für solche Schadenspauschalen ist, dass die Darstellung betriebswirtschaftlicher Zusammenhänge im Rahmen der Darlegung von Schadensersatzansprüchen in einem Zivilverfahren oft mit Schwierigkeiten verbunden ist. Obendrein wird die Vertragsabwicklung durch entsprechende Schadenspauschalierungen vereinfacht⁹²⁹.

Schadenspauschalierungen sind nicht zu beanstanden, wenn sie dem Schädiger die Möglichkeit eines Gegenbeweises des nicht entstandenen oder nur geringeren Schadens belässt⁹³⁰, § 309 Nr. 5 b BGB (vorher: § 11 Nr. 5 b AGBG). Gegen diese Regel wird jedoch bereits verstoßen, wenn der Verwender lediglich in der Klausel die Formulierungen „Schadensersatz wird dem Kunden berechnet“ oder „der Kunde hat zu zahlen“ verwendet, auch wenn dadurch der Nachweis gegen diese Schadenshöhe sprachlich nicht ausgeschlossen ist. Der Kunde wird dadurch schon abgeschreckt, gegen eine derartige Schadensberechnung überhaupt vorzugehen⁹³¹. Insofern ist die transparente Vertragsgestaltung erforderlich, nach der der Kunde einen geringeren Schaden geltend machen kann.

Die Vorschrift des § 309 Nr. 5 BGB ist anerkanntermaßen als Wertmaßstab auch im Rahmen des § 307 BGB bei Verträgen zwischen Gewerbetreibenden heranzuziehen⁹³². Allerdings darf eine derartige formularmäßige Schadenspauschalierung nicht als eine verschuldensunabhängige Haftung ausgestaltet werden, da eine solche verschuldensunabhängige Risikohaftung gegen § 307 II Nr. 1 BGB verstößt⁹³³. Ein Schadensersatzanspruch wegen einer Pflichtverletzung erfordert als wesentliche Grundgedanken der Vertragshaftung ein Verschulden des Schuldners. Die Position des Gläubigers wird insofern verbessert, als die Beweislast für das Verschulden dem Schuldner aufgebürdet wird, vgl. § 280 I 2 BGB⁹³⁴.

Eine formularmäßige Schadenspauschalierung ist außerdem nur dann wirksam, wenn die Pauschale sich im Rahmen des gewöhnlich zu erwartenden Schadens bewegt, § 309 Nr. 5 a BGB (§ 11 Nr. 5 a AGBG). Beweispflichtig ist hierfür der

⁹²⁹ Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5, Rz. 1

⁹³⁰ BGH NJW 1985, 2693 mit Anm. von Bunte, EWiR 1985, 137; BGH ZIP 1984, 1485; BGH WM 1985, 93; BGH WM 1985, 473 mit Anm. von Bunte, EWiR 1985, 235; BGH ZIP 1986, 1535 mit Anm. von Knütel, EWiR 1986, 1181; BGH NJW-RR 2001, 987 mit Anm. von Armbrüster, EWiR 2001, 309; OLG München, OLG-Report 1995, 145; OLG Celle NJW-RR 1999, 1143; OLG Naumburg NJW-RR 2000, 720

⁹³¹ Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5, Rz. 20 f.; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5, Rz. 29

⁹³² BGH NJW 1977, 381; BGHZ 113, 61 f.; BGH NJW 1994, 1068; Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5, Rz. 39; Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5, Rz. 27

⁹³³ BGHZ 114, 238 mit Anm. von Köndgen, EWiR 1991, 627; BGH NJW 1992, 1358 mit Anm. von Hensen, EWiR 1992, 1181; BGH ZIP 1992, 625 mit Anm. von Hensen, EWiR 1992, 523; zu verschuldensunabhängigen Vorfälligkeitsklauseln vgl. BGH NJW 1985, 1705; BGH BB 1991, 1591

⁹³⁴ BGH NJW-RR 1996, 1395; BGH NJW 1998, 602; OLG München OLG-Report 1995, 145, das § 9 I AGBG a. F. annimmt.

geschädigte Lieferant⁹³⁵. § 309 Nr. 5 a BGB (§ 11 Nr. 5 a AGBG) fließt bei Verträgen zwischen Unternehmern als Wertungsmaßstab in die Generalklausel des § 307 BGB (§ 9 AGBG) mit ein und ist daher auch bei Verträgen mit Nichtverbrauchern maßgeblich⁹³⁶.

Dennoch wird häufig in einem Prozess vom Abnehmer vorgetragen, die Schadenspauschale übersteige bei weitem den tatsächlich entstandenen Schaden. Dies geschieht, um den Lieferanten zur Offenlegung seiner Kalkulation zu zwingen und so prozessualen Druck auf ihn auszuüben. Eine Begutachtung der Kostenstruktur in der Weise, dass nur ein Sachverständiger Einblick in die Unterlagen des Lieferanten erhält, stößt auf erhebliche Bedenken wegen eines Verstoßes gegen das rechtliche Gehör gemäß Art. 103 I GG.

Auf der anderen Seite soll die vorformulierte Schadenspauschale dem Lieferanten ja gerade die Offenlegung seiner Betriebsdaten ersparen, so dass es ein Widerspruch wäre, trotz einer zulässigen Schadenspauschalierung die Kalkulationsgrundlagen offen legen zu müssen⁹³⁷. Daher ist es ausreichend, dass der Lieferant im Bestreitensfall einen Sachverständigenbeweis anbietet, dass die Differenz zwischen dem Abgabepreis an den Abnehmer und dem Herstellungspreis unter Berücksichtigung nur der variablen Kosten weit über dem Betrag der Schadenspauschale liegt⁹³⁸. Auch eine sachverständige, branchentypische Betrachtung der branchenüblichen Gewinne kann als Maßstab für die Begutachtung heran gezogen werden⁹³⁹. Dies ist auch gerechtfertigt, denn der Sachverständige kann mit Hilfe von Branchenkenntnis und betriebswirtschaftlichen Kennzahlen durchaus darstellen, wie sich typische, durchschnittliche Branchenerträge entwickeln. Dabei geht es jedoch nur um die branchenüblichen Gewinne, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten sind⁹⁴⁰. Eine Verpflichtung des Lieferanten, seine Kalkulation offen zu legen, besteht daher auch in diesem Fall nicht⁹⁴¹.

Die Rechtsprechung hat dabei folgende Pauschalen anerkannt:

- 20 % des jeweiligen Einkaufspreises entsprechend der jeweils gültigen Preisliste⁹⁴²,
- 25 % des jeweiligen Einkaufspreises⁹⁴³
- 28 % des jeweiligen Abgabepreises⁹⁴⁴.

⁹³⁵ BGHZ 67, 312 für den Fall der Vermietung einer Fernsprechanlage, der insofern vergleichbar ist.

⁹³⁶ BGHZ 67, 312; BGHZ 113, 55; BGH NJW 1994, 1060

⁹³⁷ OLG Naumburg NJW-RR 2000, 721

⁹³⁸ BGH NJW-RR 2001, 987 m. w. N., mit Anm. von Armbrüster, EWiR 2001, 309

⁹³⁹ Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5, Rz. 39

⁹⁴⁰ Wolf/Horn/Lindacher, § 11 Nr. 5, Rz. 16 f.

⁹⁴¹ BGH NJW 1999, 714

⁹⁴² OLG Celle NJW-RR 1999, 1143

⁹⁴³ OLG Hamm NJW-RR 1996, 47

⁹⁴⁴ OLG Stuttgart vom 18. 3. 1999, 13 U 188/98; bei Bierbezugsverträgen wurden Schadenspauschalen von 50,-- DM/hl, OLG Düsseldorf vom 8. 11. 1999, 1 U 42/99 oder von 60,-- DM/hl anerkannt, OLG Zweibrücken, OLG Report 1998, 161

Ist eine in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Schadenspauschalierung unwirksam, so kann der Lieferant weiterhin seinen Schaden konkret beziffern und ihn so geltend machen⁹⁴⁵.

III. Zusammenfassung und Stellungnahme

Dem zu Recht außerordentlich Kündigenden steht grundsätzlich ein Schadensersatzanspruch zu, wenn die außerordentliche Kündigung auf Grund einer Pflichtverletzung des Vertragspartners zu vertreten ist. § 314 IV BGB kodifiziert lediglich die früher auf einer analogen Anwendung des § 628 II BGB beruhenden Rechtsgrundlage, so dass diese frühere Rechtsprechung anwendbar bleibt.

In der Regel werden in der Rechtsprechung solche Schadensersatzansprüche des Lieferanten auf entgangenen Gewinn gemäß § 252 BGB behandelt, gegen die ein in Anspruch genommener Abnehmer vorgeht. Gegenstand des Anspruchs sind hierbei die noch nicht abgenommene Restmenge der Bezugsverpflichtung sowie die hierfür zu veranschlagenden Preise.

Bei der Berechnung des Schadensersatzes ist es dem Lieferanten erlaubt, von dem Verkaufspreis lediglich die variablen Kosten abzuziehen, so dass grundsätzlich sein Rohgewinn Grundlage des entgangenen Gewinns ist. Hierfür muss der Lieferant die Anknüpfungspunkte für die Erlös- und Kostenseite prozessual darlegen, aus denen sich die Schadensberechnung ergibt. Statt der vertraglich vereinbarten Abnahmemenge abzüglich der bereits abgenommenen Einheiten wird die bisher im Jahresdurchschnitt tatsächlich abgenommenen Mengen als Grundlage für die Schadensberechnung und als Maßstab für die zukünftig zu ersetzenden Absätze dienen. Nur wenn der Abnehmer die Höhe der verpflichteten Abnahmemenge selbst konkret mitbestimmt und vereinbart hat, ist seine verschärfte Haftung für die vertraglich vorgesehenen, aber nicht abgenommenen Bezugsmenge gemäß § 276 I S. 1, 2. HS BGB gerechtfertigt. Hat der Abnehmer vertragswidrig auch Mengen von der Konkurrenz fremd bezogen, so sind auch diese Absätze bei den zukünftig entfallenden Absatzmengen zu berücksichtigen.

Zur Vermeidung von komplizierten prozessualen Darlegungen benutzen Lieferanten häufig AGB-Klauseln zur Schadenspauschalierung, die der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB auch im gewerblichen Bereich unterliegen. Mit ihrer Hilfe ist der Lieferant in der Lage, sich in gerichtlichen Auseinandersetzungen einen Mindestschaden ohne Darlegung und Beweis seiner Kosten- und Erlössituation zu

⁹⁴⁵ Eine richterliche Reduzierung einer zu hohen Schadenspauschale auf eine gerade noch zulässige Höhe ist nicht möglich, da sonst der Klauselverwender letztlich keine Verantwortung für die Verwendung der unzulässigen Klausel tragen würde, vgl. Staudinger/Coester-Waltjen § 11 Nr. 5 AGBG Rz. 22; Ulmer/Brandner/Hensen, § 11 Nr. 5, Rz. 26

sichern. Dies gilt jedoch nur dann, wenn er die Pauschale nicht zu hoch ansetzt und dem Abnehmer die Möglichkeit des Gegenbeweises offen lässt.

J. Rechtsvergleichende Aspekte

Andere maßgebliche Industrieländer mit einem vergleichbaren wirtschaftlichen Hintergrund haben allerdings ein durchaus unterschiedliches juristisches Instrumentarium entwickelt, um die mit Dauerschuldverhältnissen zusammenhängenden Sachverhalte zu regeln. Eine rechtsvergleichende Analyse aller in diesem Zusammenhang vorkommenden Problembereiche würde jedoch den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Deshalb konzentriert sich dieser Abschnitt vor allem auf den Aspekt der Vertragsanpassung an veränderte Umstände.

I. Unterschiedliche Regelungen für Sukzessivlieferungsverträge⁹⁴⁶

In vielen ausländischen Rechtsordnungen fehlen spezielle Regelungen zum hier behandelten Sukzessivlieferungsverhältnis. Lediglich der italienische Codice definiert das Dauerlieferungsverhältnis in Art. 1559 ff. Das italienische Gesetz ist von besonderem Interesse, weil es unterschiedliche Vertragstypen als Dauerschuldverhältnisse betrachtet, sofern es sich bei ihnen um Austauschverträge handelt. Diese Regelung wurde daher vielfach als potientes Vorbild einer Kodifizierung dieses Problembereichs betrachtet⁹⁴⁷.

In Frankreich wird der Sukzessivlieferungsvertrag zwar von der Rechtsordnung als „contrat successif“ akzeptiert⁹⁴⁸, es besteht jedoch keine gesetzliche Regelung. In der US-amerikanischen Literatur werden Sukzessivlieferungsverträge („installment contracts“, UCC 2-612 I) als „long-term-contracts“ gemeinsam mit anderen langfristigen, komplexen Austauschverträgen behandelt⁹⁴⁹. Eine entsprechende Regelung zu Sukzessivlieferungsverträgen findet sich in England in Art. 31 Abs. 2 des Sale-of-Goods-Act von 1979. Entsprechend der Tradition des case law hält diese Regelung jedoch den entscheidenden Gerichten jeweils Einzelfallentscheidungen offen.

Auch in anderen Ländern gibt es Unvereinbarkeitsregeln, für den Fall, dass ein Betroffener durch eine Vereinbarung übermäßig in seiner persönlichen und wirtschaftlichen Handlungsfreiheit beeinträchtigt wird⁹⁵⁰. Dies kann u. a. bei zu langen Laufzeiten von Bezugsverpflichtungen der Fall sein⁹⁵¹. Auch hier sind es vor allem

⁹⁴⁶ Einen intensiven, wenn auch nicht mehr aktuellen Überblick bietet das lange Jahre unerreichte Standardwerk von Rabel, Das Recht des Warenkaufs Band 1, S. 528 ff.

⁹⁴⁷ Horn S. 619; Klaas, AnwBl. 1986, 219

⁹⁴⁸ Ferid, Französisches Zivilrecht I, S. 409; Horn, S. 622

⁹⁴⁹ Vgl. MüKo-Kramer, 3. Aufl., Vor § 241 Rz. 91

⁹⁵⁰ Vgl. als Beispiel auch Art. 27 Abs. 2 schweizerischen ZGB; unzulässig als „Ordre public“ oder „Public Policy“

⁹⁵¹ Zweigert/Kötz, S. 377

Mineralöl- und Getränkeunternehmen, die sich auf diese Weise eine langfristige Absatzsicherheit verschaffen wollen.

Die Kriterien, die aufzeigen, wann eine Bezugsbindung unzulässig wird, sind im angelsächsischen Rechtskreis mit denen vergleichbar, die auch für die deutsche Betrachtung maßgeblich sind⁹⁵². Es geht hier wie dort um die Abwägung der Laufzeit gegen das zur Verfügung gestellte Inventar oder Kapital. So wurde hier ein Tankstellenvertrag mit einer Laufzeit von fünf Jahren gebilligt, eine Frist von 21 Jahren aber als zu lang angesehen⁹⁵³.

Im französischen Recht kommt es für die Beurteilung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung dagegen auf die Frage an, ob der Abnehmer auch preislich gebunden ist, und damit auf Gedeih und Verderb dem Lieferanten ausgeliefert ist, Art. 1591, 1129 Code Civil.

II. Vertragsanpassungsmöglichkeiten in anderen Rechtsordnungen

Auch in den genannten ausländischen Rechtsordnungen sind Regelungen erforderlich, die sich mit der Frage beschäftigen, wie wesentliche Veränderungen der äußeren Umstände auf langfristige Verträge einwirken. Hierzu gibt es in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedliche Normen, um einen Weg zwischen einer erforderlichen Anpassung und einer mehr oder weniger strikten Bindung an den Langfristvertrag zu finden. Diese gehen häufig auf gemeinsame historische Wurzeln der Lehre der „*clausula rebus sic stantibus*“ zurück, deren Ursprünge sich bis zu den Glossatoren zurückverfolgen lassen⁹⁵⁴ und die in ihren Grundlagen über das Mittelalter hinaus bis in die Neuzeit gepflegt wurde. So ist diese Lehre im preußischen ALR in § 377 I 5 kodifiziert worden. Bei der Konzeptionierung des BGB im ausgehenden 19. Jahrhundert hat sich die gemeinrechtliche Wissenschaft mit der Lehre von der „*clausula rebus sic stantibus*“ allerdings nicht durchsetzen können, so dass sie im BGB fehlt⁹⁵⁵.

Italien hat für dieses in Deutschland als „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ entwickelte Rechtsinstitut besondere Regelungen in den Art. 1467 ff. Codice Civile getroffen, die an die gemeinrechtliche „*clausula rebus sic stantibus*“ angelehnt sind. Sie erlauben eine Vertragsauflösung, wenn die andere Partei im Falle einer übermäßigen Erschwerung der Leistung keine Vertragsanpassung anbietet. Diese Erschwernisse müssen durch außerordentliche und unvorhersehbare Ereignisse begründet sein. Erwähnenswert bei dieser Regelung ist, dass der angefragte Vertragspartner von sich aus eine Vertragsanpassung anbieten muss, um eine

⁹⁵² Vgl. Kap. E; Zweigert/Kötz, S. 378

⁹⁵³ Esso Petroleum vs. Harper's Garage, A.C. 269 (1968)

⁹⁵⁴ Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 11; Köbler, S. 26

⁹⁵⁵ Zur weiteren Entwicklung im deutschen Recht vgl. Kap. G I

Vertragsauflösung durch den benachteiligten Vertragspartner abzuwenden, Art. 1467 Abs. 3 Codice Civile⁹⁵⁶. Hier gibt es also eine konkrete Handlungspflicht des Vertragspartners, die über die Fristenregelung des § 313 III S. 2 BGB hinausgeht⁹⁵⁷.

In Frankreich wiederum ist der Gedanke des „pacta sunt servanda“ stark verankert. Die Zivilgerichte halten sich strikt an Art. 1134 Abs. 1 Code Civil, der grundsätzlich die Bindung an einen Vertrag festschreibt. Störungen der Geschäftsgrundlage werden nur als absolute Ausnahme berücksichtigt, wenn sie unvermeidbar oder unvorgesehen die Vertragserfüllung verhindern. Wie in Deutschland führte auch in Frankreich die wirtschaftlich desolate Lage nach dem 1. Weltkrieg und die daraus folgenden grundlegenden Äquivalenzstörungen bei langfristigen Verträgen zu einer Entwicklung einer Theorie der Unvorhersehbarkeit (zur Lehre der „imprévision“ in Frankreich, und zur Rechtsfigur des „Wegfalls der Geschäftsgrundlage“ in Deutschland). Anders als in Deutschland hat sich die „imprévision“ in der französischen Rechtsprechung jedoch nicht durchsetzen können⁹⁵⁸. Der französische Gesetzgeber hat sich daher hier mit einer Reihe von Sondergesetzen zur Abmilderung derartiger Nachteile beholfen⁹⁵⁹. Aus diesem Rechtsverständnis heraus hat sich die französische Zivilrechtsprechung grundsätzlich gestaltenden Eingriffen in Privatrechtsverträge enthalten⁹⁶⁰.

Im anglo-amerikanischen Recht existiert das Instrument der „frustration“, das einer Partei die Möglichkeit gibt, sich von der Verpflichtung zu befreien, wenn tiefgreifende Veränderungen der für den Vertrag bedeutsamen Umstände auftreten⁹⁶¹. Diese Veränderungen können auf höherer Gewalt oder auf Tatbestände beruhen, die dem deutschen Wegfall der Geschäftsgrundlage entsprechen. Allerdings gibt es hier keine strikte Trennung zwischen den Tatbeständen, die nach unserem Verständnis zur Geschäftsgrundlage gehören und denen der Unmöglichkeit⁹⁶². Der genannte Anspruch setzt jedoch voraus, dass eine solche Anpassungsmöglichkeit sich andeutungsweise als „implied condition“ in dem Vertrag widerspiegelt⁹⁶³. Die Judikatur sieht sich ansonsten nicht befugt, in den Bestand des Vertrages einzugreifen⁹⁶⁴.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Grundsätze der „clausula rebus sic stantibus“ in vielen Rechtsordnungen mehr oder weniger deutlich vorhanden sind. Es

⁹⁵⁶ Horn, S. 621

⁹⁵⁷ Vgl. Kap. G I 2

⁹⁵⁸ Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 65

⁹⁵⁹ Ferid, S. 439 f.; Zweigert/Kötz, S. 527; Müller-Chen, S. 259; Hentschel, S. 279

⁹⁶⁰ Hentschel, S. 285

⁹⁶¹ In den Fällen, in denen beide Parteien wegen der Unmöglichkeit der Leistung oder frustration von der Erfüllung des Vertrags befreit sind, ist in England der Frustration Contracts Act von 1943 anwendbar, Schmiedlin, S. 69

⁹⁶² Rabel I S. 354

⁹⁶³ Larenz, Geschäftsgrundlage, S. 77; Müller-Chen, S. 262

⁹⁶⁴ Im amerikanischen Recht wird die Lehre der „frustration“ ebenfalls angewendet. Hinzugekommen sind aber noch die Fälle der „impracticability“, § 2-614 ff. UCC, Müller-Chen, S. 266 f.; vgl. zu allem auch Horn, S. 622 f.

erstaunt, dass mit Frankreich und Deutschland zwei Länder, die als Prinzip die Grundsätze der „*clausula rebus sic stantibus*“ in ihren ursprünglichen Zivilgesetzen nicht aufgenommen hatten, in diesen Fällen zwei völlig unterschiedliche Rechtsentwicklungen aufweisen.

Die Notwendigkeit, nachträglich veränderte Umstände zu einer Vertragsanpassung führen zu lassen, ist praktisch in jedem Rechtskreis gegeben. Dieses uralte Rechtsinstitut hat daher bis heute in den meisten Ländern überlebt. Eine Sonderstellung nimmt hier das französische Recht ein, in dem dem Ursprungsvertragsinhalt der Vorzug eingeräumt wird⁹⁶⁵. Diese restriktive Handhabung führt in der Praxis zur Notwendigkeit, im innerfranzösischen wie im internationalen Vertragswesen Risikoverteilungs- und Anpassungsklauseln *expressis verbis* in den Vertrag mit aufzunehmen und eventuellen Schiedsgerichten die Befugnis zu erteilen, nachträglichen Änderungen durch Vertragsanpassungen Rechnung zu tragen.

Trotz zahlreicher Parallelen in den einzelnen Ländern ist es kaum möglich, staatenübergreifende Fallgruppen des Wegfalls von Geschäftsgrundlagen zu bilden, um diese Fälle einheitlich zu werten. Die Voraussetzungen und Hintergründe sind zu unterschiedlich. So ist im englischen Recht die Lehre der „*frustration*“ historisch stark vom englischen Handel, insbesondere dem Seehandel beeinflusst, während in Deutschland damit die „Massenkalamitäten“ nach den beiden Weltkriegen bewältigt wurden⁹⁶⁶. In den wesentlichen Rechtsordnungen sind daher Vertragsregelungen üblich geworden, mit deren Hilfe derartige Anpassungen vorzunehmen sind. Damit sind die Vertragsparteien selbst in der Verantwortung, die gegenseitigen Risikosphären so zu definieren, dass sie spätere Veränderungen auffangen und die Durchführung des Vertrages ermöglichen können⁹⁶⁷. Letztlich dient dieses Vorgehen nicht nur beiden Parteien und ihren sozialen oder wirtschaftlichen Interessen. Es kann auch als besondere Ausprägung des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ verstanden werden.

III. Vertragsanpassungsklauseln

Der internationale Wirtschaftsverkehr bedarf angesichts der Vielzahl von unterschiedlichen Regelungen einer Kautelarpraxis, die diese Probleme in der Vertragsgestaltung berücksichtigt. Durch die Dominanz des anglo-amerikanischen Rechts, die durch die weltweite Verbreitung amerikanischer „*law firms*“ entstanden ist, hat es sich durchgesetzt, dass in internationalen Verträgen Problemfälle der Vertragsanpassung umfassend geregelt werden⁹⁶⁸. Dies geschieht zum einen auf

⁹⁶⁵ Jedoch nur, sofern ein öffentliches Interesse damit unvereinbar ist, vgl. Zweigert/Kötz, S. 533

⁹⁶⁶ Zweigert/Kötz, S. 535

⁹⁶⁷ Müller-Chen, S. 286; Köbler, S. 189

⁹⁶⁸ Rauh S. 29, 41; Reithmann/Martiny, Rz. 250

materieller Seite mit so genannten „hardship“- bzw. „force majeure-clauses“, und auf formeller Seite mit Verfahrensregeln etwa zu Schiedsgerichtsverfahren zur Streitschlichtung.

Als „hardship“ bezeichnet man die erhebliche, unvorhergesehene Veränderung von äußeren Vertragsumständen, die die Leistungsäquivalenz wesentlich beeinflussen. Sie sind in langfristigen Verträgen in der Regel einzelfallbezogen und teilweise sehr detailliert beschrieben. In diesen Klauseln werden jedoch nicht nur Fälle der Geschäftsgrundlage oder auch der „force majeure“ behandelt, sondern auch solche, die nach unserem Verständnis zur beiderseitig nicht zu vertretenden Unmöglichkeit gehören. Diese sind nicht mit Klauseln zu verwechseln, die sich mit zwar vorhersehbaren, aber noch nicht gewissen Änderungen beschäftigen, etwa mit Kostensteigerungen, Preisanpassungen oder Währungsschwankungen.

In der Regel sehen „hardship-clauses“ eine beiderseitige Nachverhandlung, die „renegotiation“ als Maßnahme vor. Erst für den Fall, dass diese scheitert, wird eine Streitschlichtung durch ein Schiedsgericht vorgesehen⁹⁶⁹. Allerdings sind die bestehenden Vertragspflichten in dieser Zeit nicht suspendiert. Die ursprünglichen Vertragspflichten bleiben bis zu ihrer Anpassung weiter erhalten⁹⁷⁰.

Solche Klauseln zeigen einen starken Bedarf der beteiligten Parteien, auf sich ändernde Umstände mit einem eigenem, teilweise sehr umfangreichem Instrumentarium zu reagieren. Dazu gehört, die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung so detailliert wie möglich zu beschreiben, und Verhandlungen über das Ausmaß der Vertragsanpassung vor anderen, (externen) Streitschlichtungsgremien aufzunehmen.

IV. Ausblick

Eine solche rechtsvergleichende Betrachtung legt den Gedanken an eine generelle Regelung, etwa im Rahmen der Europäischen Union für die Fälle sich nachträglich verändernder Vertragsumstände nahe. Die Europäische Kommission hat am 12. 2. 2003 ohnehin einen Aktionsplan für „Ein kohärentes europäisches Vertragsrecht“ mit dem Ziel vorgelegt, europäisches Zivilrecht einheitlich zu handhaben⁹⁷¹. Damit könnte auch für diesen Bereich der Störung der Geschäftsgrundlage eine einheitliche europäische Regelung erreicht werden. Insbesondere die italienische Regelung ist bereits als Beispiel für eine Kodifizierung genannt worden⁹⁷².

⁹⁶⁹ Reithmann/Martiny, Rz. 251; Klaas, AnwBl. 1986, 219

⁹⁷⁰ Hentschel, S: 211

⁹⁷¹ Vgl. Dauner-Lieb, NJW 2004, 1432

⁹⁷² Horn, S. 619; Klaas, AnwBl. 1986, 219

Allerdings ist es fraglich, ob ein solches Ziel überhaupt erreichbar ist. Es sind im wesentlichen zwei Gründe, die eine einheitliche Handhabung nicht nur bzgl. der „*clausula rebus sic stantibus*“ unwahrscheinlich erscheinen lassen:

Die einzelnen nationalen Positionen zur Frage der Geschäftsgrundlage, von der früh kodifizierten Anpassungsmöglichkeit des italienischen *Codice Civile* bis zum französischen Alles-oder-Nichts-Prinzip, sind bereits inhaltlich so gegensätzlicher Natur, dass eine übereinstimmende, europaweite Regelung nicht zu erwarten ist.

Auch prozessual sind die Urteile der nationalen Gerichte zu unterschiedlich. Während französische Zivilgerichte nur kurze, lapidare Begründungen ihrer Urteile geben, werden die Urteile der deutschen Obergerichte ausführlich begründet, obwohl sie aus dem Gesetz abgeleitet sind. Wieder anders die Tradition der englischen Gerichte, deren Urteile aus dem angelsächsischen *case-law* begründet werden. Ebenso differenziert ist auch die Neigung der nationalen Gerichte, in bestehende Verträge einzugreifen und sie durch ein Urteil an geänderte Umstände anzupassen oder gar zu ändern. Daher ist trotz der Bemühungen der EU-Kommission vorerst nicht mit einer einheitlichen europaweiten Regelung und Handhabung der „*clausula rebus sic stantibus*“ zu rechnen. Aus den gleichen Gründen ist derzeit auch eine einheitliche europäische Rechtsordnung bzgl. des gesamten Vertragsrechts nicht realistisch.

K. Zusammenfassende Thesen und Perspektiven

Der im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Sukzessivlieferungsvertrag deckt in der Praxis und Rechtsprechung – obwohl im BGB nicht vorgesehen und geregelt – wichtige, aber auch sehr unterschiedliche Fallgestaltungen ab.

Sukzessivlieferungsverträge bilden ein wichtiges Element in der Absatz- und Vertriebsstruktur von Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen, so im Lebensmittelhandel, in der Telekommunikation, im Bereich der Energiewirtschaft oder in der Mineralölbranche.

Da diese Art von Verträgen mangels Kodifizierung wesentlich durch die Rechtsprechung geprägt sind, soll die Entwicklung der Rechtsprechung zu den wesentlichen Aspekten der Sukzessivlieferungsverträge in den letzten Jahrzehnten über die Schnittstelle der Schuldrechtsreform 2002 hinaus aufgezeigt und bewertet werden.

I. Thesen

1. Die in der Dissertation behandelten Sukzessivlieferungsverträge sind auch in der Form von Alleinbezugsvereinbarungen als Dauerschuldverhältnisse zu betrachten. Unerheblich ist dabei, ob die Parteien sich von vornherein auf eine zur Abnahme verpflichtende, feste Menge einigen, oder ob sie nur für eine bestimmte Bezugsdauer eine – mengenmäßig nicht näher bestimmte – Abnahmeverpflichtung vereinbaren. Von daher ist die Unterscheidung zwischen „unechten“ und „echten“ Sukzessivlieferungsverträgen überholt. Sie wird von den mit der Schuldrechtsreform neu gefassten §§ 313, 314 BGB auch nicht vorgenommen.
2. Sukzessivlieferungsverträge, die wegen einer erheblichen Gegenleistung des Lieferanten eine langfristige Bezugsbindung des Abnehmers beinhalten, kommen in der Praxis in ganz unterschiedlicher Gestaltung vor. Zu unterscheiden ist dabei *einerseits* zwischen den Pflichten des Lieferanten aus dem eigentlichen Lieferverhältnis, welche keine längere Bezugsbindung rechtfertigen, und *andererseits* den Pflichten, die über das reine Lieferverhältnis hinausgehen. Nur letztere kommen somit als wesentliche Gegenleistungen in Frage, dass sie eine langfristige Bezugsbindung rechtfertigen.

Solche wesentlichen Gegenleistungen können etwa Darlehen, erhebliche Inventargestellungen, die Vermietung bzw. die Verpachtung der Betriebsstätte, Gegenleistungen im Rahmen von Lizenz- bzw. Know-How- oder Franchiseverträgen sein, mit denen der Abnehmer erst in die Lage versetzt wird, sein Geschäft zu eröffnen und/oder zu betreiben.

All diesen Gegenleistungen ist gemeinsam, dass der Lieferant sie in der Regel zu Beginn des Vertragsverhältnisses erbringt und – aus seiner Sicht – somit in Vorlage zugunsten des Abnehmers geht. Diese Sicht berechtigt und erlaubt eine langfristige Bezugsbindung des Abnehmers, denn ohne eine solche Vorleistung wäre der Abnehmer häufig nicht in der Lage, sein Geschäft zu eröffnen. Zumindest bedeutet die Gegenleistung meist eine wesentliche Erleichterung für die Existenzgründung bzw. für die Gründung eines weiteren Betriebs des Abnehmers. Aus diesem Grund kann man zu Recht ableiten, dass das Ausmaß der Bezugsbindung im Rahmen des rechtlich Zulässigen umso größer sein kann, je wesentlicher die Beiträge des Lieferanten in Form der von ihm erbrachten Gegenleistung für den Abnehmer sind.

Des weiteren hängen der Sukzessivlieferungsvertrag und die damit verbundene Gegenleistung inhaltlich so voneinander ab, dass kein Vertragsteil ohne den jeweils anderen abgeschlossen worden wäre.

3. Neben den jeweils zu beachtenden vorvertraglichen Aufklärungspflichten des Lieferanten ist für den Abnehmer bei dem Vertragsabschluss die Frage eines Widerrufsrechts von wesentlicher Bedeutung.

Die Entwicklung in den letzten fünfzehn Jahren führte zu einem immer schnelleren Wechsel der hier zu beachtenden Vorschriften. Waren zunächst für lange Jahre lediglich die recht überschaubaren Vorschriften des Abzahlungsgesetzes (AbzG) maßgeblich, setzte 1991 im Rahmen des Verbraucherschutzrechts ein steter Wechsel ein.

Betroffen sind davon nicht nur inhaltliche Vorgaben für diese Verträge und Widerrufsbelehrungen. Insbesondere in Fragen des persönlichen Anwendungsbereichs der Nachfolgegesetze zum AbzG herrscht in der Vertrags- und Rechtspraxis erhebliche Unsicherheit. Im Ergebnis versahen Lieferanten im Zweifel alle ihre Verträge mit Widerrufsbelehrungen, obwohl es sich bei ihren Vertragspartnern in der Regel *nicht* um die Verbraucher handelt, deren Schutz der Gesetzgeber ursprünglich im Visier hatte.

Dementsprechend fließen die Gegenleistungen der Lieferanten in der Praxis erst dann, wenn die heute zweiwöchige Widerrufsfrist sicher abgelaufen ist – Zeit und Mittel, die dem Existenzgründer im Einzelfall fehlen.

Die jetzt geltenden formalen Anforderungen an den Vertragsabschluss derartiger Sukzessivlieferungsverträge sowie an die Widerrufsbelehrungen führten zudem zum erheblichen Anstieg von Rechtsstreitigkeiten. In der Praxis wurden vermeintliche Verstöße gegen derartige Formvorschriften häufig von den Abnehmern zum Anlass genommen, sich von einem inzwischen unliebsam gewordenen Vertrag vorzeitig zu lösen.

4. Die Entwicklung des Verbraucherschutzrechts ist darüber hinaus exemplarisch für die Entwicklung des Zivilrechts der letzten Jahrzehnte. Nachdem zunächst alle am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen auf der Basis der rechtlichen Gleichheit und der Privatautonomie die Konsequenzen ihrer Erklärungen tragen mussten, schlug das Pendel nun soweit zugunsten der Verbraucherrechte aus, dass sich das Zivilrecht praktisch in zwei verschiedene Bereiche aufgeteilt hat: *Zum einen* in das Zivilrecht der Verbraucher (§ 13 BGB) und *zum anderen* in das des Unternehmers (§ 14 BGB). Kleingewerbetreibende gehören unbeschadet ihres im Einzelfall vorhandenen persönlichen Schutzbedürfnisses zur Gruppe der Unternehmer.
5. Bei Sukzessivlieferungsverträgen, die auf Grund einer Gegenleistung eine langfristige Bezugbindung enthalten, ist insbesondere auf das Spannungsverhältnis zwischen der (noch) gegebenen wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Abnehmers einerseits und seiner langfristigen Bindung an den Lieferanten andererseits zu achten.

Die Beurteilung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung durch die Rechtsprechung orientierte sich stets an § 138 BGB. Nach dem Inkrafttreten des AGBG im Jahre 1976 kam der § 9 AGBG (heute: § 307 BGB) als rechtlicher Maßstab hinzu, soweit Bezugsbindungen vom Lieferanten vorformuliert waren. Bei den in der Untersuchung behandelten Verträge orientieren sich die Laufzeitbestimmungen des einzelnen Vertrages im Regelfall an den vereinbarten Gegenleistungen und an sonstigen objektbezogenen Kriterien auf der Abnehmerseite. Sie sind daher in der Regel individuell vereinbart und unterliegen aus diesem Grund nicht der Inhaltskontrolle des AGB-Rechts.

6. Für die Beurteilung der Ausgewogenheit von Bezugsdauer und Gegenleistung lassen sich keine allgemeingültigen Maßstäbe erstellen.

Im Ergebnis hat die Rechtsprechung auch keine strikte, generelle Höchstgrenze für eine noch zulässige Laufzeit herausgebildet; die Gerichte haben vielmehr differenziert geurteilt und dabei auch branchen- und einzelfallbezogen unterschieden. In der über lange Zeiträume zu verfolgenden Tendenz beurteilten die Gerichte in den letzten vierzig Jahren immer geringere Laufzeiten als noch zulässig.

7. Neben den vorgenannten Bestimmungen bildeten sich im Rahmen des europäischen Gemeinschaftsrechts weitere Regulierungen für die Laufzeitbestimmungen von Sukzessivlieferungsverträgen heraus. Diese europäischen Regeln haben sich in ihrer direkten Anwendung im

innerdeutschen Recht nicht durchsetzen können, da es sich bei der Mehrzahl der hier behandelten Sukzessivlieferungsverträge nicht um grenzüberschreitende Vorgänge handelt, die die Anwendung des europäischen Rechts auslösen.

Auch die Bündeltheorie, mit deren Hilfe eine grenzüberschreitende Wirkung diese als Gesamtheit (Bündel) zu betrachtenden Verträge belegt werden sollte, hat sich in der Rechtsprechung im Ergebnis nicht durchgesetzt. Der Grund hierfür lag allerdings nicht im materiellen, sondern im prozessualen Recht. Wer sich als Kläger auf die Bündeltheorie berief, konnte der ihm obliegenden Beweislast zum Nachweis der grenzüberschreitenden Wirkung solcher Vertragsbündel bisher nicht gerecht werden.

8. Diese europäischen Regeln entwickelten bei der Bemessung von noch zulässigen Laufzeiten dennoch mittelbar einen Einfluss auf die Rechtsprechung. Eine inhaltliche Orientierung am Zeitlimit der EWG-VO 1984/83 lässt Laufzeiten von mehr als zehn Jahren im hier besprochenen Bereichen kaum noch vorkommen. Insofern führt sowohl die Beurteilung nach deutschem Recht als auch der Einfluss des europäischen Rechts zu ähnlichen Ergebnissen.
9. Im Falle einer Geschäftsnachfolge behalten sich die Lieferanten in ihren Verträgen häufig entsprechende Beteiligungsrechte seitens des Abnehmers vor, während sie bei der Übertragung des eigenen Geschäfts auf einen Nachfolger umgekehrt einen möglichst weiten Spielraum anstreben.

Bei einer Geschäftsnachfolge seitens des Abnehmers ist eine vorformulierte Regelung unzulässig, die es dem Lieferanten ermöglicht, hintereinander geschaltete Geschäftsnachfolger als Gesamtschuldner zu „sammeln“, ohne dass die früheren Betriebsinhaber aus der Haftung entlassen werden. Eine Weiterhaftung des früheren Abnehmers ist lediglich für die Zeit angemessen, in der sein unmittelbarer Nachfolger das Geschäft betreibt.

Der Abnehmer muss umgekehrt eine Geschäftsnachfolge auf der Seite des Lieferanten nicht in jedem Fall ohne rechtliche Möglichkeiten akzeptieren, insbesondere dann, wenn sich die Geschäftsnachfolge auf einen Wechsel der verpflichteten Marken erstreckt.

10. Für die Absicherung des Lieferanten gelten die üblichen Kreditregeln, insbesondere für ein als Gegenleistung einer Bezugsbindung gewährtes Darlehen. Probleme einer möglichen Übersicherung des Kreditgebers und Lieferanten sind hierbei ebenso zu beachten wie die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze gegen ein überzogenes Einbeziehen naher Familienangehöriger durch sittenwidrige Bürgschaften und Schuldübernahmen.

Bei der Beurteilung einer eventuellen Übersicherung ist zu beachten, dass sich vereinbarte Sicherheiten über die gewährten Gegenleistungen hinaus auf alle Ansprüche des Lieferanten einschließlich seines Bezugsrechts erstrecken können. Da solche Vertragsbestandteile zu den Hauptleistungspflichten eines derartigen Sukzessivlieferungsvertrages gehören, müssen diese in die Überprüfung bezüglich einer eventuellen Übersicherung mit einbezogen werden.

Um das Lieferrecht im Rahmen eines Sukzessivlieferungsvertrages unabhängig einer möglichen Übersicherung zu schützen, bietet sich die Einräumung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des Lieferanten an. Außerdem ist eine Vertragsstrafe ein praktikables Mittel zur Absicherung der Lieferrechte.

11. Vertragsanpassungsmöglichkeiten im Rahmen einer Störung der Geschäftsgrundlage sind nur im Ausnahmefall einzuräumen. In der Regel können unvorhergesehene Entwicklungen im Laufe eines langfristigen Sukzessivlieferungsvertrages der Risikosphäre einer der Parteien zugeordnet werden, so dass der Vertrag unberührt bleibt. Die bisherige Rechtsprechung zur Störung der Geschäftsgrundlage kann auch nach der Kodifikation im § 313 BGB weiter herangezogen werden.
12. Für die außerordentliche Vertragsbeendigung langfristiger Sukzessivlieferungsverhältnisse ist der Rücktritt bedeutungslos geworden. Vorzeitige Vertragsbeendigungen werden durch außerordentliche Kündigungen herbeigeführt, sofern der Vertrag keine ordentlichen Kündigungsmöglichkeiten während der Vertragslaufzeit vorsieht. Diese Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung ist nunmehr in § 314 BGB kodifiziert.

Den Parteien bleibt es unbenommen, im Vertrag Beispielfälle für einen außerordentlichen Kündigungsgrund aufzunehmen. Diese sind auch als AGB-Klauseln zulässig, sofern sie in ihrer Bedeutung entsprechend § 314 I BGB so gewichtig sind, dass eine Fortsetzung des Vertrages unzumutbar ist.

Für den Fall, dass die außerordentliche Kündigung vom Abnehmer zu vertreten ist, kann der Lieferant für die nicht abgenommene Menge im Wege des Schadensersatzes seinen entgangenen Gewinn geltend machen. Besteht ein solcher Schadensersatzanspruch des Lieferanten wegen einer Verletzung des Bezugsrechts, ist die bis dahin nicht abgenommene, aber vertraglich vereinbarte Bezugsmenge Ausgangspunkt einer Schadensberechnung.

II. Perspektiven

Sukzessivlieferungsverträge werden auch in Zeiten, in denen neue Vertriebswege – beispielweise über das Internet – aufgebaut werden, ihre Bedeutung behalten. Lieferanten und Distributoren schätzen die Planungssicherheit dieser Verträge mit langfristiger Bezugsbindung. In Zukunft wird es für die Lieferanten darauf ankommen, justiziable Lieferrechte zu begründen.

Da die Vertriebskanäle zumeist kleingewerblich bis mittelständisch strukturiert sind, bedeutet eine sich ständig ändernde Verbraucherschutzgesetzgebung für den distribuierenden Unternehmer ein schwer zu kalkulierendes Risiko, da er seine Vertriebsverträge häufig an die sich ändernde Gesetzeslagen anpassen muss.

Die Rechtsprechung hat durch Auslegung der betreffenden Gesetze im Zweifel zugunsten des Verbrauchers dieses Risiko in seiner Wirkung verstärkt. Eine solche Tendenz zeigt sich in allen Bereichen der hier untersuchten Sukzessivlieferungsverträge. Eventuelle Fehler in den Formalien, die dem Lieferanten bei der Vertragsformulierung unterlaufen können, werden häufig vom Abnehmer genutzt, vorzeitig aus einem langfristigen, mittlerweile aber unliebsamen Vertrag „auszusteigen“.

Bei diesen Formalien handelt es sich überwiegend um formal ausgestaltete Verbraucherschutzrechte wie Vorschriften zum Vertragsinhalt und zu Widerrufsbelehrungen⁹⁷³. So wichtig diese für die Transparenz der Vertragsbedingungen auch sein mögen, eine formale Betrachtung lässt die persönlichen Belange der Beteiligten außer Betracht. Daraus folgt, dass beispielsweise der wohlhabende, gut ausgebildete Bürger beim Erwerb von Luxusgütern als Verbraucher anzusehen ist, während der Kleinunternehmer für alle seine Geschäfte die rechtlichen Konsequenzen ohne jeden Verbraucherschutz trägt, obwohl er – von seinen persönlichen Verhältnissen her – eher als schutzbedürftig anzusehen sein mag. Bei einer solchen formalen Einteilung der Teilnehmer am Rechtsverkehr bleiben ungerechte Einzelergebnisse nicht aus.

Sinnvoll und wichtig wäre für die am Wirtschaftsleben Beteiligten daher, sie durch Unterweisungen und Bildung so auf ihre Teilnahme am Wirtschaftsleben vorzubereiten, dass sie die wirtschaftliche Bedeutung und Reichweite ihrer Erklärungen inhaltlich verstehen können, bevor entsprechende Erklärungen abgegeben werden. Nur so werden alle Rechtsteilnehmer, gleich welcher Herkunft, die kritischen Verbraucher sein, die ein funktionierender Wettbewerb benötigt.

⁹⁷³ Als Ausnahme ist die Rechtsprechung zur Bürgschaft von Familienangehörigen zu werten, die die Betroffenen materiell schützt.